Trennung von Tisch und Bett schweizerischer Ehegatten in Deutschland.

Inaugural-Dissertation

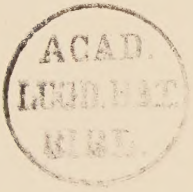
zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

René Lewin

stud. iur. aus Capstadt.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Dem Andenken meines Großvaters
Fürsprechs H. Guggenheim.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Die Haager Konvention.

1. Geschichtliches 1
2. Stellung der Konvention 5
3. Der Gegenstand der Konvention 11

II. Das geltende Recht.

1. Separatio quoad mensam et thorum des kanonischen Rechts 21
2. Scheidung von Tisch und Bett des Bundesgesetzes vom 25. 12. 1874 26
3. Scheidung von Tisch und Bett schweizerischer Ehegatten in Deutschland 31
   A. Der frühere Rechtszustand 32
   B. Der heutige Rechtszustand 35

III. Das Recht des schweizerischen Zivilgesetzbuches.

1. Trennung der Ehe auf bestimmte und unbestimmte Zeit 44
2. Kann der deutsche Richter von Amts wegen die Trennung anordnen? 52
3. Können schweizerische Ehegatten in Deutschland auf Trennung klagen? 54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0076

Literaturverzeichnis.

Amtliches Stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung. Bern.

Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichtes zu Dresden. Bd. 24 u. 27.

Bader, Zivilrechtliche Verhältnisse. 4. Aufl. Zürich 1908.

v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. 2. Aufl. Bd. 2. 1889.

Barazetti, Besprechung des Vorentwurfs des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Bern 1898.

Contuzzi, Commentaire théorique et pratique des conventions de la Haye concernant la codification du droit international privé. Bd. 1. Paris 1904.

Davidsohn, Das Recht der Ehescheidung nach BGB. Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Marburg 1901.

Erler, Kann ein deutsches Gericht noch auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett erkennen? Im Recht 1900 S. 95.

Erler, Ehescheidungsrecht. Berlin 1900.

Frantz, Können deutsche Gerichte bei Ausländern auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen? Z. f. i. R. Bd. 11 S. 345 ff.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechtes. 6. Aufl. Leipzig 1909.

Friederici, Können deutsche Gerichte bei Ausländern auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen? Diss. Greifswald 1906.

Gaupp-Stein, Kommentar zur deutschen CPO. 8. Aufl. 1906.

Gautschy, Eheschließung und Ehescheidung im Kanton Aargau von 1803—1874. Diss. Bern 1898.

Habicht-Greiff, Internationales Privatrecht und die EG. z. BGB. Berlin 1907.

Huber, A., Die Scheidung der Ehe von Schweizer Bürgern im Ausland. Schweiz. Juristenzeitung Jahrg. 1 Nr. 11.

Huber, A., Zur internationalen Haager Ehescheidungsübereinkunft. Schweiz. Juristenzeitung Jahrg. 3 Nr. 22 S. 908.

Huber, Eugen, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes. Bd. 4. Basel 1893.

Huber, Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Bern 1901.

Hauser, Die Haager Übereinkunft betreffend Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett in ihren Einwirkungen auf das schweizerische Recht. Basel 1909.

Kahn, Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechtes durch Staatsverträge. 1904.

Kahn, Die Haager Scheidungskonvention. Z. f. i. R. Bd. 15 S. 125 bis 264.

Lehr, Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés. Paris 1899.

Martin, Commentaire de la loi fédérale concernent l'état civil et le mariage. Genf 1897.

Martin, Journal du droit international privé 1897 Bd. 24.

Meili, Handbuch des internationalen Zivil- und Handelsrechtes. Bd. 2. Zürich 1902.

Meili, Das internationale Civilprozeßrecht. Zürich 1904.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 4. Berlin u. Leipzig 1888.

Niedner, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. Berlin 1901.

Niemeyer, Das internationale Privatrecht des BGB. Berlin 1901.

Ott, Die Modifikationen des schweizerischen Ehescheidungsrechtes auf Grund des Haager Abkommens. Schweiz. Juristenzeitung Jahrg. 2 Nr. 8 S. 97—100.

Ott, Anerkennung nicht schweizerischer Gerichte für die Ehescheidung von Schweizern. Z. f. i. R. 1908 Bd. 18.

Osthelder, Kann ein deutsches Gericht noch auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett erkennen? Im Recht 1900 S. 58.

Planck, Kommentar des BGB. Bd. 6. Berlin 1905.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 4. Berlin 1897.

Rauch, Separatio perpetua und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Diss. Berlin 1908.

Rebedgy, Les conventions de la Haye du Juin 1902. Z. f. schweiz. Recht Bd. 44 S. 751ff.

Riggenbach, Die Ehescheidungsgründe im schweizerischen Recht. Diss. Leipzig 1902.

Roguin, De l'exécution des jugements étrangers en Suisse. Journal Clunet 1883 Bd. 5 S. 113—135.

Rümelin, Vorentwurf zu einem schweizerischen Civilgesetzbuch. In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft Jahrg. 25 Heft 3. Leipzig 1901.

v. Salis, Ehescheidung und Ehenichtigkeitssachen ausländischer Ehegatten in der Schweiz. Basel 1888.

v. Salis, Bundesrechtliche Erörterungen. Z. f. schweiz. Recht Bd. 30 S. 45.

Schlatter, Zur Regelung der Statutenkollision in der Schweiz. Z. f. i. R. Bd. 2 S. 452ff.

Schön, Beziehungen zwischen Staat und Kirche auf dem Gebiet des Eherechts. Festgabe für Regelsberger S. 185ff. Leipzig 1901.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 5. u. 6. Aufl. Bd. 4. Teil 1. 1900.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Bd. 3. Frankfurt 1906.

Abkürzungen.

BG. = Bundesgesetz.
BGE. = Amtliche Sammlung der Bundesgerichtlichen Entscheidungen.
ZEG. = Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Christmonat 1874.
Z. f. i. R. = Zeitschrift für internationales Privatstrafrecht.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
EG. = Einführungsgesetz.
CPO.*) = Civilprozeßordnung.
ZGB.*) = Schweiz. Zivilgesetzbuch.

---

*) Civil ist in der Arbeit mit C oder Z geschrieben je nachdem damit deutsches oder schweizerisches Civilrecht gemeint ist.

I.

Die Haager Konvention.

I. Geschichtliches.

Anfang der 90er Jahre lud die holländische Regierung die europäischen Mächte zu einer Konferenz im Haag ein, um auf Grund internationaler Verständigung eine einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechtes herbeizuführen und damit die Rechtsunsicherheit auf dem Gebiete des internationalen Privatrechtes zu beheben. Mit Ausnahme von Großbritannien nahmen fast alle europäischen Regierungen[1]) die Einladung an und entsandten ihre Delegierten zur ersten Konferenz im Haag, welche am 12. 9. 1893 begann. Der Zweck der ersten Konferenz war lediglich der, auf Grund eines allgemeinen Meinungsaustausches die Rechtsgebiete, die man regeln wollte, abzugrenzen und durch eine Sichtung und Zusammenstellung des Materials die Grundlage zu einer weiteren Konferenz zu schaffen, in welcher die definitive Feststellung der Kollisionsnormen erfolgen

[1]) Schweden und Norwegen waren an der ersten Konferenz nicht vertreten. An den folgenden Konferenzen nahmen auch die Vertreter dieser Regierungen teil.

sollte.[2]) Schon im folgenden Jahre fand eine zweite Haager Konferenz statt (25. 6. bis 13. 7. 1894), woraus unter anderm der Entwurf betr. Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett resultierte. Nachdem die holländische Regierung in höchst verdienstvoller Weise eine permanente Kommission zur „Vorbereitung der Kodifikation des internationalen Privatrechtes" eingesetzt hatte (20. 2. 1897) und durch diplomatischen Schriftenwechsel über das Konferenzprogramm die Zurüstungen zu einer neuen Konferenz eifrig betrieben hatte, lud sie die Konferenzstaaten zu neuen Verhandlungen ein.

Am 29. Mai trat die dritte Staatskonferenz im Haag zusammen. Die Delegierten waren dieses Mal im Gegensatz zu früher, wo ihre Äußerungen lediglich ihre persönlichen Anschauungen zur Geltung gebracht hatten, im Besitze von Instruktionen ihrer Regierungen.[3]) Das Resultat der gemeinsamen Arbeit war die Aufstellung der vier Entwürfe betr. Eheschließung, Ehescheidung und Trennung, Vormundschaft über Minderjährige und Erbrecht, von denen die ersten drei von allen Konferenzstaaten außer Rußland, Dänemark und Norwegen am 12. 7. 1902 im Haag unterzeichnet worden sind. Diese drei Konventionen sind in Kraft getreten mit dem 60. Tage nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunden

---

[2]) Kahn, Kodifikation S. 14ff.

[3]) Actes 1900 S. 81ff., 84: Meili: Les délégués suisses sont en possession d'instructions précises sur chaque matière.

im Haag, welche für Deutschland am 1. 6. 1904, für die Schweiz am 17. 6. 1905 stattgefunden hat.[4])

Die Haager Konventionen bedeuten für die Wissenschaft des internationalen Privatrechtes eine hohe Errungenschaft und zugleich einen Wendepunkt. Schon die Tatsache, daß man dazu gelangt ist, gerade für das Familienrecht eine einheitliche Fixierung der Kollisionsnormen zu schaffen, ist höchst bedeutungsvoll für das internationale Rechtsleben. Führte doch der Mangel von einheitlichen Kollisionsnormen in den einzelnen Gesetzgebungen zu den unbilligsten Rechtslagen. Sprach es nicht jeder Rechtsanschauung Hohn, wenn eine Ehe, die in dem einen Staat rechtsgültig geschlossen worden war, im andern als Konkubinat galt, oder wenn, falls das Heimatrecht die Scheidung bei einem bestimmten Tatbestande verbot, die Scheidung im ausländischen Staate, der ein weitergehendes Scheidungsrecht übte,

---

[4]) Nicht der Beitritt eines Staates zur Konvention an und für sich verpflichtet den inländischen Richter, deren Normen anzuwenden. Es ist ein besonderer Gesetzesbefehl des Staates erforderlich, welcher die Konventionsnormen mit Gesetzeskraft ausstattet. Durch diesen Staatsakt werden die Normen einheimisches Recht und sind für den Richter als innerstaatliche (nicht als völkerrechtliche) Normen bindend. Dabei ist zu beachten, daß die durch völkerrechtlichen Vertrag geschaffenen und mit Gesetzesgewalt im Staate ausgestatteten Normen den bestehenden und zukünftigen gesetzlichen Normen des betreffenden Staates vorgehen. Vgl. dazu Hauser a. a. O. S. 25; Habicht a. a. O. S. 9; Bader a. a. O. S. 74.

bewirkt werden konnte, so daß eine auf Grund der Scheidung im Auslande eingegangene neue Ehe zwar im Auslande rechtsgültig war, im Heimatsstaate aber als Doppelehe angesehen wurde? Ein solcher Rechtszustand war mit dem modernen Rechtsbewußtsein unverträglich, konnten doch „auf diese Art gerade diejenigen Rechtsbeziehungen, die als die unerschütterlichen Grundlagen einer sittlichen Lebensordnung gelten, inmitten der europäischen Civilisation mit dem Überschreiten der Grenzpfähle ins Wanken geraten".[5])

Die Konventionen bedeuten aber auch einen Wendepunkt für die Wissenschaft des internationalen Privatrechtes. Die Theorie und die einzelnen Gesetzgebungen hatten sich bisher darauf beschränkt, den Richter anzuweisen, die einen Rechtsverhältnisse nach Domizilrecht, die andern nach Heimatrecht und wieder andere nach dem Rechte des Entstehungsortes zu beurteilen. Ganz abgesehen davon, daß sich aber in den einzelnen Staaten und in der Wissenschaft keine communis opinio bildete, war diese Lösung schon von vornherein für das Personenrecht durchaus ausgeschlossen, wenn die Bestimmungen des einen Staates mit den Interessen des andern in diametralem Gegensatze standen. Im Eherecht insbesondere treten die Gegensätze in den Gesetzgebungen „voneinander sonst nahestehenden Staaten besonders stark hervor",[6]) denn die Regelung der Ehe beruht vor

[5]) Kahn, Kodifikation S. 19.

[6]) v. Bar a. a. O. Bd. 1 S. 440; Lehr a. a. O. S. 457.

allem auf der im Staate herrschenden Moral, Religion und Lebensweise, die wiederum durch das Klima und die Menschenrasse des einzelnen Staates bedingt sind. Erst in neuester Zeit hat man eingesehen, daß es unmöglich war, einheitliches internationales Privatrecht auf nationalem Boden zu schaffen. Es war vor allem der italienische Rechtsgelehrte und Staatsmann Mancini,[7]) welcher den Gedanken einer Kodifikation des internationalen Privatrechtes unermüdlich verfocht. Leider war es ihm nicht vergönnt, die Verwirklichung seiner Idee, den Zusammentritt einer Staatenkonferenz für internationales Privatrecht, zu erleben. Er starb 1888. Was er erstrebt, führte sein Freund, der holländische Staatsrat Asser, der Verwirklichung entgegen. Auf sein Betreiben hat die holländische Regierung die Initiative ergriffen, die zu dem obengenannten Erfolge geführt hat. Der Gedanke Mancinis: die Schaffung von einheitlichen Kollisionsnormen auf internationalem Boden, die Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge, ist Wirklichkeit geworden.

2. Die Stellung der Konvention.

I. Wir haben oben[8]) schon erwähnt, daß drei verschiedene Prinzipien die Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts beherrschten.

---

[7]) Kahn a. a. O. S. 11ff.; Contuzzi a. a. O. S. 6ff.

[8]) S. 4.

1. Nach den einen soll es bei der Ehescheidung nur darauf ankommen, ob sie nach den Sachnormen der lex fori begründet ist oder nicht, ohne daß man der Staatsangehörigkeit (der lex originis) der Ehegatten irgendwelche Rechnung trägt (sogen. Domizilprinzip).

2. Andere wollten die Ehescheidung ausländischer Ehegatten allein nach dem Heimatrecht des Ehemanns beurteilt wissen, ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der lex fori (sogen. Nationalitätsprinzip). Es ist jedoch zu beachten, daß weitaus die Mehrzahl der Anhänger dieser Theorie der Anwendung der lex originis eine Schranke setzen: die nach Heimatrecht begründete Scheidung darf nicht ausgesprochen werden, wenn sie mit dem „ordre public" der lex fori unvereinbar ist, d. h. wenn zwingende Gesetze der lex fori der Scheidung entgegenstehen.

3. Eine media sententia kumuliert die lex fori mit der lex originis. Damit eine ausländische Ehe geschieden werden kann, muß die Scheidung sowohl nach dem Rechte des Domizils als auch nach dem Heimatrecht der Ehegatten positiv begründet sein.

Neben diesen drei Hauptsachen muß man zum Verständnis der Haager Konvention noch das Prinzip des institut de droit international erwähnen[9]): die Frage, ob

[9]) Das Institut de droit international ist eine 1873 gegründete internationale wissenschaftliche Vereinigung, deren Arbeiten zur Förderung des internationalen Rechtes für die Haager Konvention von größter Bedeutung geworden ist.

eine Scheidung überhaupt zulässig ist, soll nach Heimatrecht beantwortet werden; die Frage nach den Voraussetzungen der Scheidung, die Beurteilung des Scheidungsgrundes soll nach Domizilrecht entschieden werden.

II. Die Eingehung der Ehe steht den Kontrahenten frei. Die Begründung der Ehe erfolgt durch frei eingegangenen Vertrag. Aber sobald die Ehe geschlossen ist, ist den Kontrahenten die freie Verfügungsgewalt über die Gestaltung des Vertragsinhaltes benommen und der Staat nimmt Interesse daran, daß die Ehe nicht leichtfertigerweise gelöst werden kann. Weil aber der Staat in so hohem Maße daran interessiert ist, daß die Ehe seiner Untertanen, auf deren gedeihlicher Entfaltung auch sein Wohl beruht, nicht nach freier Willkür der Kontrahenten gelöst werden kann, sondern daß er darüber entscheidet, unter welchen Umständen er eine Scheidung für angemessen erachtet, gerade deshalb ist es auch klar, daß für die internationale Scheidung wohl vor allem das Gesetz des Heimatsstaates zu berücksichtigen ist. „Das Verhältnis der Person zu ihrem Heimatsstaate ist auch ein viel engeres und seiner Natur nach dauerhafteres als das Verhältnis zum Domizilstaate.“[10]) Es ist nun aber eine konsequente Durchführung des Heimatsprinzipes deshalb ausgeschlossen, weil im Ehescheidungsrechte die Verschiedenheiten der einzelnen Gesetzgebungen zu stark hervortreten, als daß man dem

[10]) Hauser a. a. O. S. 32.

Domizilstaate zumuten könnte, das Recht des Heimatsstaates der Ehegatten uneingeschränkt zur Geltung zu bringen. Man sah sich vielmehr auf der Konferenz gezwungen, dem Domizilrechte weitgehende Konzessionen zu machen.

Die Haager Konvention steht grundsätzlich auf dem Boden des Heimatsprinzips. Ihre Stellung folgt klar aus dem Art. 3 der Konvention, der auf Vorschlag von Deutschland aufgenommen worden ist.[11]) Er lautet:

„Ungeachtet der Bestimmungen der Art. 1 u. 2 ist das Gesetz des Heimatsstaates allein maßgebend, wenn das Gesetz des Ortes, wo geklagt wird, dies vorschreibt oder gestattet".

Man war sich zwar bei Aufstellung des Artikels wohl bewußt, daß es nicht häufig vorkommen dürfte, daß ein Staat ganz darauf verzichtet, auch sein Recht in einem Ehescheidungsprozesse ausländischer Ehegatten zu berücksichtigen, aber die Möglichkeit einer solchen Praxis, wie sie sich für Italien aus den Äußerungen des italienischen Delegierten Pierantoni ergab,[12]) war

---

[11]) Actes 1900 S. 42.

[12]) Actes 1900 S. 207. M. Pierantoni: „nous a dit, que la jurisprudence était fixée en ce sens", nämlich im Sinne des Urteils v. 22. 3. 1884 des Gerichtshofs von Ancona, welches die Scheidung einer ausländischen Ehe herbeiführte, obwohl dem italienischen Recht das Institut der Scheidung fremd ist. Nach der neueren italienischen Judikatur dürfte das Gegenteil der Fall sein. Kahn S. 144 ff.

Grund genug, auch diesem Falle Rechnung zu tragen. Mit Recht war man der Meinung, daß eine solche Praxis eines Staates, nämlich alleinige Anwendung des Heimatrechtes der Ehegatten, höchst loyal sei, so daß es absurd wäre, wenn man ihn zwingen wollte, auch sein Recht anzuwenden, bloß deswegen, weil andere Staaten in ihren Gesetzgebungen nicht so weit gehen zu dürfen vermeinten.

Obwohl, wie wir dargetan haben, die Konvention grundsätzlich auf dem Heimatsprinzip gegründet ist, mußten dem Domizilprinzipe weitgehende Konzessionen gemacht werden. Die meisten Staaten konnten sich eben nicht dazu verstehen, ausländisches Recht im Inlande anzuwenden, das in vielen Fällen dem innerstaatlichen ordre public Hohn sprechen würde. Dabei war der Standpunkt des Gesetzgebers der, daß die Rechtsordnung bei Ausländern nicht mithelfen dürfe, Rechtszustände herbeizuführen, die sie für die Inländer verwerfe. Doch war man auf der Konferenz allgemein der Ansicht, daß die Anwendung ausländischen Rechtes in beschränktem Maße wohl vereinbar sei mit den legislativen Intentionen des innerstaatlichen Gesetzgebers, da man ja sonst den Ausländer vielfach rechtlos machen würde, in den Fällen nämlich, wo das Heimatrecht ausschließlich angewendet sein will, was wiederum nicht in der Absicht einer vernünftigen Rechtsordnung liegen kann. Nach den Konventionsbestimmungen können ausländische Ehegatten beim inländischen Richter nur eine

Scheidungsklage[13]) erheben, wenn sowohl ihr Heimatrecht als auch die lex fori überhaupt die Scheidung kennen. Läßt das Heimatrecht die Ehescheidung im Gegensatz zum Domizilrecht nicht zu oder ist sie der lex fori im Gegensatz zur lex originis fremd, so muß der Richter die Scheidungsklage abweisen. Dadurch ist vor allem ausgeschlossen, daß der Richter eine Scheidung ausspricht entgegen dem Gesetz des Heimatsstaates, und es wird in Zukunft in den Konventionsstaaten nicht mehr vorkommen, daß eine im Auslande rechtsgültig geschiedene Ehe im Heimatsstaate dessenungeachtet als weiterbestehend angesehen wird.

Bezüglich der Scheidungsgründe hat die Konvention in Art. 2 dasselbe Prinzip aufgestellt wie in Art. 1. Hat der Richter in erster Linie festgestellt, daß sowohl das Heimatrecht als auch die lex fori die Scheidung bezw. die Trennung von Tisch und Bett kennen, so hat er in zweiter Linie festzustellen, ob das Scheidungsbegehren überhaupt begründet ist. Art. 2 verlangt nun, daß zur Scheidung sowohl ein Grund des Heimatrechts als auch ein Grund des Domizilrechtes vorhanden sein müssen, d. h. die Scheidung muß sowohl nach Heimat- als auch nach Domizilrecht begründet sein. Dabei ist weder Identität der Scheidungsgründe noch Identität des Tat-

---

[13]) Der Kürze wegen sprechen wir im folgenden von der Scheidung. Das gleiche gilt auch für die Trennung von Tisch und Bett nach Art. 1 II u. Art. 2 II.

bestandes erfordert.[14])[15]) Zur internationalen Scheidung oder Trennung ist ein internationaler Scheidungs- bezw. Trennungsgrund erforderlich, der sich als Resultierende zweier äquivalenter Komponenten darstellt.

3. Der Gegenstand der Konvention.

Die Ehescheidung und die Trennung von Tisch und Bett haben beide gemeinsam, daß sie für die Ehegatten, deren Ehe dermaßen zerrüttet ist, daß die Rechtsordnung ihnen eine Fortsetzung des ehelichen Lebens nicht zumuten kann, eine Auflösung der ehelichen Gemeinschaft herbeiführen. Das erklärt auch, weshalb die internationale Regelung der beiden Rechtsinstitute in demselben Abkommen erfolgt ist. Während nun aber die Ehescheidung in denjenigen Staaten, die sie kennen, die gleiche rechtliche Struktur hat, ist die Trennung von Tisch und Bett in den einzelnen Konventionsstaaten so verschieden geartet, daß es manchmal schwer fällt, die einzelnen Gestaltungen als Rechtsinstitute derselben Gattung zu erkennen. Die internationale Scheidung ist eine Auflösung der Ehe mit dem Rechte der Wiederverheiratung der

---

[14]) Kahn a. a. O. S. 188ff.

[15]) Mit dieser Bestimmung nähert sich die Konvention der vom Institut de droit international vorgeschlagenen Lösung (s. oben S. 6), die Meili an der Konferenz vertrat. Actes 1900 S. 193, 209: M. Meili reçoit une satisfaction partielle.

Geschiedenen.[16]) Uns interessiert hier vor allem der Begriff der internationalen Trennung von Tisch und Bett, und wir wollen versuchen, ihn im folgenden darzulegen.

Die Trennung von Tisch und Bett führt eine Auflösung des ehelichen Lebens herbei, ohne daß die Ehegatten gänzlich voneinander isoliert werden. Es bleiben vielmehr rechtliche Beziehungen zwischen den beiden bestehen, von denen das Verbot der Wiederverheiratung die wichtigste ist. Die Ehe ist nur tatsächlich gelöst, rechtlich bleibt sie bestehen. Jene rechtlichen Beziehungen, die erhalten bleiben, bilden zwischen den Ehegatten ein rechtliches Band, das sogen. vinculum matrimonii, durch welches die Ehe weiter fortbesteht. Gerade deshalb ist das Institut vom kanonischen Recht gebildet worden, da nach Ansicht der katholischen Kirche die konsumierte Ehe unauflöslich ist.[17]) Die Kirche verbietet ihren Angehörigen die Scheidung dem Bande nach. Die Trennung von Tisch und Bett ist somit ein Institut konfessionellen Ursprungs.

Es liegt nun in der Natur der Sache, daß die Staaten mit ausschließlich oder vorwiegend katholischer Bevölkerung (Österreich und die romanischen Nationen mit Ausnahme Frankreichs) das Institut der kanonischen separatio quod mensam et thorum in ihre Rechtsordnung

[16]) Wir sehen dabei von den gesetzlichen Wartefristen der Scheidung wegen Ehebruchs ab.

[17]) s. unten S. 21.

aufgenommen haben und für ihre Rechtsuntertanen die Scheidung nicht zulassen.[18]) Doch haben auch diese Staaten die separatio nicht in rein kanonistischer Ausbildung[19]) übernommen, sondern die Trennungsgründe sind erheblich erweitert worden, so daß in Italien und Österreich schon auf gegenseitige Übereinstimmung hin von Tisch und Bett getrennt wird.

Jene Staaten aber, die sich vom kanonischen Rechte emanzipiert haben, haben interkonfessionelles Recht geschaffen. Dabei haben sie den Standpunkt aufgegeben, daß die Ehe unauflösbar sei und haben ein Scheidungsrecht dem Bande nach eingeführt. Man hat mit Recht das konfessionelle Eherecht verworfen. Jeder Rechtsuntertan soll leben, ohne daß ihm konfessionelle Schranken vom Rechte gesetzt seien. Gleichviel ob die Kirche die Scheidung verbiete oder nicht, soll es dem Katholiken freistehen, sich auch dem Bande nach scheiden zu dürfen. Aber welches ist dabei die Stellung des gläubigen Katholiken, dem sein Glaube die Scheidung verbietet? Soll es ihm nicht möglich sein, wenn seine Ehe zerrüttet ist, eine Trennung herbeizuführen, die auch sein Gewissen ihm zuläßt? Manche sagen: der Staat stellt ihm ja frei, sich scheiden zu lassen. Des Menschen

---

[18]) Auch nicht für Andersgläubige (s. unten 1 b); nicht so Österreich, welches die Trennung nur für katholische und gemischte Ehepaare exklusiv ausspricht.

[19]) s. unten.

Wille ist sein Himmelreich! Diese Ansicht ist unhaltbar. Der Staat würde in diesem Falle den Katholiken rechtlos machen oder selbst einen Gewissenszwang auf ihn ausüben, indem er ihn nötigt, gegen sein Gewissen sich scheiden zu lassen. Eine andere Ansicht geht dahin, daß auch der gläubige Katholik sich scheiden lassen kann, wobei es dann seinem Gewissen überlassen bleibe, „ob er von der nach dem bürgerlichen Recht infolge der Ehescheidung ihm offenstehenden Befugnis der Wiederverheiratung Gebrauch machen oder sich in dieser Beziehung in seinem Gewissen noch durch das Band der früheren Ehe für gebunden erachten wolle“.[20]) Die Kirche verwirft aber ausdrücklich die Lösung des Rechtsverhältnisses der Ehe, während sie die tatsächliche Trennung gestattet. Somit hält dieser Einwand nicht stand gegenüber der Tatsache, daß der Katholik in bezug auf seine obenerwähnte Rechtslage schlechter gestellt ist als Andersgläubige. Schließlich muß man denjenigen, welche, sich auf das bürgerliche, interkonfessionelle Ehescheidungsrecht berufend, dem Katholiken die Möglichkeit, sich nach seiner Anschauung trennen zu lassen, absprechen, doch entgegnen, daß das Scheidungsrecht des modernen Staates von der Reformation[21]) herrührt und somit auch (nur!) im gewissen Sinne eine konfessionelle Färbung hat. Mag auch der

---

[20]) Schön a. a. O. S. 41.

[21]) s. unten S. 24.

Staat es mit Recht verschmähen, kirchliche Satzungen in sein Recht aufzunehmen, um sie seinen Rechtsuntertanen aufzuerlegen, so wird er doch Rücksicht nehmen müssen auf die konfessionellen Anschauungen eines Großteils der Bevölkerung. Es ist aber auch ein großer Unterschied, ob der Staat konfessionelle Satzungen zu Rechtssätzen erhebt, oder ob er Rechtsinstitute schafft, die zwar allen Konfessionen zugänglich sind, bei deren Aufstellung er aber speziell den Anschauungen einer bestimmten Konfession Rücksicht getragen hat und ihren Angehörigen ermöglicht hat, im Staate unangegriffen nach ihren religiösen Überzeugungen zu leben.

Der moderne paritätische Staat hat es im Interesse eines gedeihlichen Zusammenlebens der beiden Hauptkonfessionen für angebracht erachtet, den Katholiken entgegenzukommen, und ist in neuerer Zeit zur Wiedereinführung der Trennung von Tisch und Bett geschritten. In neuerer Zeit; denn als im Kulturkampf der Staat sich gänzlich von den Ketten der Kirche befreit hatte, war das Kampfgefühl noch zu sehr in ihm rege, als daß er es über sich hätte bringen können, den Katholiken Konzessionen zu machen. Zudem war der Staat trotz des Sieges noch nicht so stark, um unbeschadet seines Wohlergehens kanonische Rechtsinstitute in sein Recht aufzunehmen. Es galt die einmal erlangte Vorherrschaft zu behaupten, was sich denn in der Gesetzgebungspolitik des Staates äußerte. Jetzt aber, da der moderne Staat erstarkt war, lag kein Grund mehr vor

gegen die permissive Einführung der Trennung von Tisch und Bett.

Nachdem nun der Staat seine Aufgabe erkannt hatte, den Katholiken zu seinem Rechte kommen zu lassen, war nur noch die Frage zu lösen, wie und in welchem Umfange die Trennung des kanonischen Rechtes ins bürgerliche Recht aufgenommen werden sollte. Diese Frage war nicht unbedeutsam. Man wollte ein Rechtsinstitut aufnehmen, das den Rechtssatz, daß die Ehe unauflösbar sei, zur Voraussetzung hatte, einen Rechtssatz, den das bürgerliche Recht ausdrücklich verworfen hatte. Daß die Wiedereinführung der Trennung von Tisch und Bett nicht logisch zur Stellung des bürgerlichen Rechts paßte, darüber war man sich klar. Aber das Recht muß sich eben dem Leben seiner Untertanen anpassen, gleichviel ob es logisch ist oder nicht. Man war sich aber auch wohl bewußt, daß die Einführung der Trennung von Tisch und Bett als ausgesprochen katholischen Instituts dem Wiedererstarken der Lehre von der Unauflösbarkeit der Ehe Vorschub leiste. Das war nun freilich nicht die legislativ politische Absicht des Gesetzgebers. Es frug sich, inwieweit der Staat dabei mitwirken sollte, daß der gläubige Katholik, der einen Scheidungsgrund des bürgerlichen Rechts hatte, eine Auflösung der Ehe erlangen konnte, die ihm seine religiöse Anschauung zuließ. Es mußte ein Institut geschaffen werden, das jeder Person unbeachtet ihrer Konfession offenstand, aber in Wirklichkeit nur für den

gläubigen Katholiken berechnet war. Man mußte auch darauf bedacht sein, einem Zwange vorzubeugen, den der eine gläubige Ehegatte auf den anderen nicht gläubigen Katholiken oder Nichtkatholiken ausüben konnte, indem er eine Trennung von Tisch und Bett herbeiführte. Alle diese Gesichtspunkte mußten vom Gesetzgeber berücksichtigt werden, als er die Trennung ins bürgerliche Recht aufnahm.

Jeder Staat geht in der Gesetzgebungspolitik seinen eigenen Weg. So ist es denn nicht zu verwundern, daß kein Staat in seinem Recht das Institut der Trennung gleichgestaltet hat wie der andere. Von der kanonischen Ausbildung der separatio quod mensam et thorum ist vieles nicht rezipiert worden. Das Institut der Trennung ist mit modernem Geiste erfüllt worden. Aber so sehr es auch in den einzelnen Staaten verschieden geartet sein mag, stets läßt es sich als Tochterinstitut der separatio des kanonischen Rechtes erkennen.

Bei der Verschiedenheit der einzelstaatlichen Trennungsinstitute ist es nun von Bedeutung, festzustellen, was die Konvention unter der Trennung von Tisch verstanden hat (séparation de corps). Ursprünglich bedeutete der Ausdruck Trennung von Tisch und Bett die separatio quoad mensam et thorum, wie sie das kanonische Recht in aller Schärfe ausgebildet hat. Diese echte kanonische Trennung ist in keines der Rechte der Konventionsstaaten unverändert aufgenommen worden (s. oben), überall wurde das Institut teils weniger, teils

mehr mit modernen Rechtsgedanken durchwirkt. Es folgt daraus, daß unmöglich die Trennung von Tisch und Bett (séparation de corps) der Konvention mit der separatio quoad mensam et thorum technisch identisch sein kann, denn es hätte wahrlich keinen Wert, internationale Abkommen über nicht zu Recht bestehende Rechtsinstitute zu erlassen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß bei einem internationalen Abkommen für ein Rechtsinstitut, das in verschiedenen Rechtsordnungen besteht, nicht ein Ausdruck gefunden werden kann, der auch sprachlich die Benennung der verschiedenen Rechtsordnungen umfaßt. So heißt die im spanischen Rechte der kanonischen separatio sehr nahestehende Auflösung der Ehe divorcio, in Österreich Scheidung, während die nämlichen Ausdrücke im französischen (divorce), im deutschen und schweizerischen Recht Scheidung gerade die vom kanonischen Recht verworfene Auflösung der Ehe bezeichnen. Es kann also bei der Untersuchung, ob die Trennung im Rechte zweier Staaten vorhanden ist, nicht auf die Benennung des Institutes abgestellt werden. Zwei Rechtsinstitute sind vielmehr privatinternational identisch, wenn sie „dem Geist und Gehalt“ [22]) nach miteinander übereinstimmen. Nach dem Wortlaute der Konvention: séparation de corps folgt aber auch zweifellos, daß das Abkommen auch die séparation de corps des französischen

---

[22]) Kahn S. 174.

Rechtes umfaßt; denn es muß unbedingt angenommen werden, daß die Konvention einen französischen Ausdruck in der Bedeutung der französischen Sprache anwendet. Da nun die séparation de corps des französischen Rechtes nach Zeitablauf in Scheidung umgewandelt werden kann, so folgt daraus, daß die Konvention auch die vom modernen Staat geschaffenen Auflösungsformen der Ehe mit weiterbestehendem vinculum matrimonii umfaßt.

Einzelne Konventionsstaaten kennen auch eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, welche ihren Ursprung in der separatio temporia des kanonischen Rechtes hat. Das Institut ist nur dem schweizerischen und schwedischen[23]) Rechte bekannt. Sie darf in der Schweiz auf nicht länger als zwei Jahre und in Schweden auf nicht länger als ein Jahr ausgesprochen werden. Die zeitweilige Trennung hat aber legislativ eine ganz andere Bedeutung als die beständige Separation (s. unten). Sie führt nur eine provisorische Auflösung der Ehe herbei und wird in den genannten Staaten nur im Falle ausgesprochen, wo eine Wiederversöhnung der Ehegatten nicht für ausgeschlossen erachtet ist. Sie hat nur Sinn als Vorläufer der Scheidung (s. unten). Daß die zeitweilige Trennung etwas ganz anderes ist als die ständige Trennung, folgt auch daraus, daß das schweizerische Recht letztere ausdrücklich verwirft.[24]) Die Haager

[23]) Lehr a. a. O. S. 397.

[24]) s. unten S. 29.

Konferenz hat sich denn auch gar nicht mit der zeitweisen Trennung beschäftigt,[25]) so daß die Lösung der Frage, ob sie international ausgesprochen werden soll, dem innerstaatlichen internationalen Privatrecht überlassen bleibt.

Die Konvention spricht in ihren Bestimmungen immer von der Klage auf Scheidung oder Trennung von Tisch und Bett. (Demande en divorce, demande en separation de corps.) Es folgt daraus, daß sie nur die klageweise erfolgende Trennung regeln will. Das ist insofern von Bedeutung, als das neue schweizerische Zivilgesetzbuch auch eine auf ein Scheidungsbegehren hin erfolgende Trennung von Tisch und Bett auf unbestimmte Zeit (s. unten) kennt, welche vom Richter entgegen dem Parteiwillen angeordnet werden kann. Nach dem klaren Wortlaut der Konvention umfassen ihre Bestimmungen nicht diese Art der Trennung. Es werden also auch Kollisionsfragen dieses Institutes des Zivilgesetzbuches dem innerstaatlichen internationalen Privatrecht vorbehalten bleiben.

Nach diesen Erwägungen kommen wir zur folgenden Definition: Die séparation de corps der Haager Konvention ist eine klageweise, auf unbestimmte Zeit erfolgende Auflösung des ehelichen Lebens, wobei jedoch die Ehe als Rechtsverhältnis weiter besteht.

---

[25]) Kahn a. a. O. S. 182ff.

II. Das geltende Recht.

I. Die separatio quoad mensam et thorum des kanonischen Rechts.

I. Die Ehe ist nach der Auffassung der katholischen Kirche unauflöslich. Sie ist ein Institut des ius divinum und deshalb nicht nur für Christen, sondern für alle Menschen unauflöslich.[1])

Das kanonische Recht hat diesen Satz aber nicht ohne Ausnahme entrichtet[2]):

1. Für die noch nicht durch den Beischlaf perfizierte Ehe[3]) (matrimonium non consummatum) christlicher Ehegatten ist in zwei Fällen dem Bande nach eine Auflösung möglich, nämlich
   a) durch Leistung des votum solemne castitatis des einen Ehegatten;
   b) durch Regierungsakt des Papstes (Dispensatio summi episcopi).

---

[1]) Friedberg a. a. O. S. 417.

[2]) Friedberg a. a. O. S. 502 ff.

[3]) Die Ehe ist zwar ein Sakrament. Sie wird aber nach der ältesten Lehre der katholischen Kirche erst durch die copula carnalis sakramental und unauflöslich.

2. Die Scheidung ist auch zulässig bei der perfizierten Ehe von nicht christlichen Ehegatten, falls einer von ihnen zur Kirche übertritt und der andere ihm infolgedessen die Gemeinschaft verweigert oder ihm die Ausübung seines christlichen Glaubens verunmöglicht.[4])

II. Die Kirche hatte durch ihre strenge Gesetzgebung die Ehescheidung fast ganz unterbunden. Aber sie sah wohl ein, daß sie, wo ein gedeihliches Zusammenleben der Ehegatten aus irgend einem Grunde weiterhin ausgeschlossen war, eine fernere eheliche Gemeinschaft nicht verlangen konnte, wenn der hohe, sittliche Wert der Ehe, den die Kirche ihr ja selbst beigemessen, nicht verloren gehen sollte. So schuf die kirchliche Gesetzgebung das Institut der „separatio quoad mensam et thorum". Durch die separatio wird die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, aber die Ehe als solche, das vinculum matrimonii, bleibt bestehen und äußert sich darin, daß

α) keiner von den getrennten Ehegatten eine neue Ehe eingehen darf. Eine dessen ungeachtet eingegangene Ehe ist wegen des impedimentum ligaminis nichtig;

β) die getrennten Ehegatten sich weiterhin zu ehelicher Treue verpflichtet sind. Geschlechts-

---

[4]) Obwohl die Ehe Ungläubiger nach ius divinum unauflöslich ist. Die Kirche führt den Rechtssatz auf ein ius divinum posterius zurück, welches dem prius derogiert (1. Kor. VII, 13ff.).

verkehr der Getrennten mit Dritten ist Ehebruch.[5])

Das kanonische Recht unterscheidet separatio perpetua und separatio temporaria:

1. Die separatio ist perpetua, wenn sie erfolgt auf Grund eines Ehebruchs oder eines fleischlichen Vergehens von einem Ehegatten. Der unschuldige Ehegatte kann aber jederzeit die separatio aufheben ohne richterliche Hilfe, indem er die Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft veranlaßt. Begeht der unschuldige Teil aber selbst einen Ehebruch, so ist er zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gezwungen (compensatio). Bei der separatio perpetua erfolgt eine Regelung der Vermögensverhältnisse.
2. Die separatio temporaria liegt vor, wenn der geistliche Richter aus anderen Gründen auf Antrag eines Ehegatten eine Trennung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit ausspricht. Die Vermögensverhältnisse werden davon nicht berührt.

Die Kirche hatte im Kampfe mit den freieren Ehescheidungsrechten der Römer und Germanen den Sieg davongetragen, und es gelang ihr, ihre Lehre von der

---

[5]) Rauch a. a. O. S. 12.

Unauflöslichkeit der Ehe zur Anerkennung zu bringen, indem sie die Ehegerichtsbarkeit gewann.[6])

Erst die Reformation nahm die römischen und germanischen Rechtsgedanken, wonach eine Scheidung der Ehegatten mit Vernichtung des vinculum matrimonii möglich war, wieder auf.[7]) Während man aber anfangs nur den Ehebruch als Scheidungsgrund gelten ließ,[8]) führten im 17. u. 18. Jahrhundert die Ehegerichtsordnungen der schweizerischen protestantischen Orte immer mehr und mehr ein freieres Ehescheidungsrecht ein.[9]) Die Scheidung erfolgte vor der weltlichen Obrigkeit, in der auch die Geistlichkeit stark vertreten war.[10])

---

[6]) Friedberg a. a. O. S. 507; E. Huber Bd. 4 S. 341; Schön S. 15ff.

[7]) Schmalkaldische Artikel: Iniusta enim traditio est, quae prohibet coniugium personae innocenti post factum divortium (zit. bei Friedberg S. 512 Anm. 1).

[8]) Züricher Chorgerichtsordnung vom Jahre 1525: Es zimmt einem frommen Eemenschen, das kein Ursache darzu gegeben hat, das ander, so an offentlichen eebruch ergriffen wird, von jm ze stoßen, gar verlassen und sich mit einem anderen gemahel ze versehen. Dieß nennend aber wir, und achtend ein offnen eebruch, der vor dem Eegericht mit offner genugsamer Kundschaft, wie recht ist, erfunden und erwyst, oder an offner that so bärlich und argwönig wird, daß die that mit keiner Gestalt der Wahrheit mag verlögnet werden (zit. bei Friedberg S. 512 Anm. 3).

[9]) Huber Bd. 4 S. 344.

[10]) Huber Bd. 4 S. 344.

Das reformierte Ehescheidungsrecht stellte sich mehr und mehr in Gegensatz zum kanonischen. Im Bereiche der Eidgenossenschaften galten die beiden Rechte nebeneinander. So war es denn nicht zu verwundern, daß dieser Rechtszustand hauptsächlich in den paritätischen Kantonen zu argen Mißständen führte.[11]) Und da die Bewegung einer Emanzipation des Staates von der Kirche immer mehr an Boden gewann, so wurden die Bestrebungen, ein bürgerliches Scheidungsrecht ohne Mitwirkung der Geistlichkeit zu erlassen, immer mächtiger. Die paritätischen Kantone Aargau[12]) (1828), Solothurn (1841), Thurgau (1849) führten anfangs des 19. Jahrhunderts zuerst ein einheitliches bürgerliches Scheidungsrecht ein. Der Richter wurde angewiesen, auf Grund

---

[11]) Z. B. eine Frau Camenzind aus Gersau war 1850 auf unbegrenzte Zeit von einem geistlichen Gericht zu Schwyz von ihrem Manne getrennt worden. 1859 zitierte sie der Ehemann vor das geistliche Gericht und forderte Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach kanonischem Recht. Die Frau, welche unterdessen Protestantin geworden war, weigerte sich und rekurrierte an den Bundesrat. Ihr Rekurs wurde abgewiesen, weil es nicht in der Kompetenz des Bundesrates lag, zu intervenieren. Dieser Fall führte dazu, daß die Bundesversammlung den Bundesrat einlud, einen Gesetzesentwurf zu erlassen, um diesen Mißständen abzuhelfen. Es geschah dies durch das BG. v. 3. 2. 1862 Martin, Commentaire de la loi fédéral concernant l'état civil et le mariage, Genf 1897.

[12]) Gautschi a. a. O. S. 76.

der gleichen Ehescheidungsgründe bei katholischen Ehegatten auf Trennung von Tisch und Bett, bei protestantischen Ehegatten auf Scheidung zu erkennen.

Dieser Vereinheitlichung der Ehescheidungsgesetzgebung auf kantonalem Boden folgte der Bund, indem er durch Bundesgesetz v. 3. 2. 1862 ein allgemeines Ehescheidungsrecht für gemischte Ehen schuf, das ganz auf protestantischer Auffassung fußte. Die Entwicklung kam zum Abschluß, als der Bund im Zusammenhang mit der Trennung von Staat und Kirche[13]) durch „Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Christmonat 1874" ein allgemeines Scheidungsrecht einführte. Dieses Gesetz gilt heute noch. Es wird aber durch das mit dem 1. 1. 1912 in Kraft tretende schweizer. Zivilgesetzbuch aufgehoben werden.[14])

2. Die Scheidung von Tisch und Bett des Bundesgesetzes v. 25. 12. 1874.

Schon im 16. Jahrhundert finden sich in den Ehegerichtsordnungen der protestantischen Orte Bestimmungen, welche einer allzu raschen Scheidung des ehelichen Bandes vorbeugen sollten. Es wurde z. B. den

---

[13]) Friedberg S. 486.

[14]) Art. 62 Einführungsbestimmungen z. ZGB.

Gerichten direkt empfohlen, die Scheidungsprozesse möglichst in die Länge zu ziehen, damit die Parteien durch die heilende Wirkung der Zeit eher geneigt würden, Versöhnungsversuchen stattzugeben und sich wieder zu vereinigen.[1])

Aus demselben Grunde wurde dann im späteren Berner Rechte eine sogen. Sonderung von Tisch und Bett geschaffen, deren Vorbild die separatio temporaria des kanonischen Rechtes gewesen war. Waren nämlich bei „heftigem Zerwürfnis und Feindschaft" der Ehegatten alle Aussöhnungsversuche der Ehegatten erfolglos gewesen, so erkannte das Gericht auf Sonderung von Tisch und Bett auf ein Jahr. Fand auch in dieser Zeit eine Aussöhnung nicht statt, so sollte das Gericht verfügen, „was es der Ehrbarkeit, dem Recht und der Billigkeit das Angemessenste erachten wird".[2]) [3])

Auch das Gesetz v. 25. 12. 1874 hat diese zeitweilige Trennung von Tisch und Bett übernommen. Art. 47 des Gesetzes lautet:

---

[1]) Basler Ehegerichtsordnung von 1533: „Die eherichter aber sollent die Scheidung fast schwörlich und mit Not zulassen, die so lang sie mögent weren und uffhalten, auch nicht freventlich ylen noch hindurch fallen, sonderd den anlofz, die umbstend und ursach einer jeden Sach und Handlung, es seye durch Kundschaft oder andere fügliche Mittel, gründtlich und aigentlich erduren". Huber a. a. O. S. 345.

[2]) Gautschi a. a. O. S. 80.

[3]) vgl. hierzu Friedberg S. 517 in der Anmerkung.

„Wenn keiner der genannten Scheidungsgründe (Art. 46) vorliegt, aber gleichwohl das eheliche Verhältnis als tief zerrüttet erscheint, so kann das Gericht auf gänzliche Scheidung oder auf Scheidung von Tisch und Bett erkennen. Die letztere darf nicht länger als auf zwei Jahre ausgesprochen werden. Findet während dieses Zeitraumes eine Wiedervereinigung nicht statt, so kann die Klage auf gänzliche Ehescheidung erneuert werden, und es erkennt alsdann das Gericht nach freiem Ermessen".

Wir stellen nun in erster Linie fest, daß nach Wortlaut und Sinn des zitierten Artikels dem heutigen schweizerischen Recht das Institut der beständigen [4]) Trennung von Tisch und Bett fremd ist. Es läßt sich diese Härte des Gesetzes gegen den katholischen Teil der Bevölkerung, dem doch seine ganze religiöse Anschauung nur eine Scheidung dem Bande nach erlaubt, nur dann verstehen, wenn man das Gesetz als einseitiges Produkt der damals obsiegenden liberalen Parteien auffaßt, welche die Trennung von Kirche und Staat herbeiführten.[5])

Der Gesetzgeber fand die beständige Trennung von

---

[4]) Die Maximaldauer der Trennung ist zwei Jahre. Eine Minimaldauer hat das Gesetz nicht festgesetzt, doch liegt es in der Natur der Sache, daß der Richter sie nicht zu kurz bemessen wird. J. Riggenbach a. a. O. S. 45.

[5]) vgl. Friedberg S. 486.

Tisch und Bett, ein dem „ordre public“ widersprechendes Institut. So äußerte sich auch das Bundesgericht[6]):

„Le législateur suisse est partie de la conviction qu'une séparation de corps illimitée ayant pour effet de perpétuer en droit une association devenue impossible et un lien conjugal détruit en fait est incompatible avec les principes d'ordre et de moralité à la base de l'état. La séparation de deux ans prévue à l'article 47 de la loi n'est qu'un état transitoire et provisoire destiné à conduire nécessairement soit à la restauration, soit à la dissolution complète du lien conjugal et n'a dès lors rien de commun avec la séparation illimitée“.

Die Scheidung von Tisch und Bett[7]) kann vom Richter nur im Falle des Art. 47, wenn kein gesetzlich bestimmter Scheidungsgrund vorliegt, ausgesprochen werden. Gründet sich die Scheidungsklage auf Art. 45 oder 46, so hat der Richter entweder die Scheidung auszusprechen oder die Klage abzuweisen, und es steht ihm nicht frei, die Scheidung von Tisch und Bett auszusprechen.[8]) Die Scheidung von Tisch und Bett ist lediglich ein vom Gericht ex officio geschaffener provisorischer Zustand, der entweder zur Versöhnung der Ehegatten und damit zur Wiederherstellung der Ehe

---

[6]) BGE. v. 18. 10. 1878 Bd. 4 S. 669, zit. bei Meili, Civil- und Handelsrecht Bd. 1 S. 309.

[7]) Martin a. a. O. S. 199ff.

[8]) BGE. v. 15. 6. 1877 Bd. 3 S. 373; Martin S. 200; BGE. Bd. 33 II S. 387.

führt oder aber, wenn Versöhnung nicht erfolgt und eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft ausgeschlossen erscheint, die endgültige Scheidung dem Bande nach herbeiführt. Im letzteren Falle muß eine neue Klage[9]) auf gänzliche Scheidung beim Gerichte des Wohnsitzes des Ehemannes (Art. 43) angestellt werden, und es erkennt dann der Richter nach freiem Ermessen. Setzen die Ehegatten nach Ablauf der Zeit das getrennte Leben fort und unterlassen sie klageweise die gänzliche Scheidung herbeizuführen, so lebt die alte Ehe ipso iure wieder auf. Beide Ehegatten haben wieder die Rechte und Pflichten, die ihnen die Ehe auferlegt. Ihr weiteres Getrenntleben kommt für die Rechtsordnung nur als tatsächlicher, nicht aber als Rechtszustand in Betracht, da ja eine Scheidung von Tisch und Bett über zwei Jahre hinaus dem Bundesrecht fremd ist.[10])

Die zeitweilige Scheidung von Tisch und Bett ist kein selbständiges Rechtsinstitut, aus dem ein Klagerecht entspringt. Sie kann nur vom Richter auf eine Scheidungsklage hin angeordnet werden. Das schweizerische Recht kennt nur die Scheidungsklage und die Ehenichtigkeits-

---

[9]) Die Klage bedeutet weder ein Begehren um Wiederaufnahme des früheren Verfahrens noch ein Gesuch um eine Beurteilung der früheren Klage (Meili, Civil- und Handelsrecht Bd. 1 S. 309).

[10]) BGE. v. 17. 11. 1904, abgedr. in Z. f. schweiz. R. Bd. 46 Revue 17.

klage; eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett ist ihm fremd.[11])

3. Scheidung von Tisch und Bett schweizerischer Ehegatten in Deutschland.

Da nach schweizerischem Recht der Richter nur bei einer Scheidungsklage die Scheidung von Tisch und Bett aussprechen kann, so würde eine dessenungeachtet im Auslande auf eine selbständige Klage auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett hin erfolgte zeitweilige Separation in der Schweiz nicht anerkannt werden,[12]) da ja die schweizerische Rechtsordnung ein selbständig klagbares Institut der Scheidung von Tisch und Bett verwirft. Der deutsche Richter müßte eine solche Klage übrigens von vornherein abweisen, da er ja nach Art. 17 Abs. 1 EG. z. BGB. die schweizerischen Gesetze bei Ehescheidungssachen schweizerischer Ehegatten anzuwenden hat.

Die oben aufgeworfene Frage wird für den deutschen Richter erst dann akut, wenn ein schweizerischer Ehegatte in Deutschland eine auf Art. 47 gegründete Scheidungsklage erhebt, denn in diesem Fall ist der deutsche Richter verpflichtet, nach Art. 17 Abs. 1 EG. z. BGB. die schweizerischen Gesetze anzuwenden. Um diese Frage entscheiden zu können, müssen wir natürlich

---

[11]) BGE. v. 15. 6. 1877 Bd. 3 S. 373.

[12]) Martin S. 208.

zuerst prüfen, ob der deutsche Richter überhaupt zuständig ist, in Ehescheidungssachen von Ausländern zu entscheiden.

§ 606 Abs. 4 CPO. bestimmt:

„Sind beide Ehegatten Ausländer, so kann die Ehescheidungsklage im Inlande nur erhoben werden, wenn das inländische Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört".

Da nach diesem Artikel die Zuständigkeit des deutschen Richters davon abhängig gemacht ist, daß das deutsche Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört, so müssen wir uns zuerst darüber klar werden, ob der deutsche Richter nach schweizerischem Rechte überhaupt kompetent ist, in Ehescheidungssachen schweizerischer Ehegatten zu entscheiden.

A. Der frühere Rechtszustand.

Vor dem Inkrafttreten der Haager Übereinkunft betr. Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett am 15. 9. 1905 wurde die Scheidung schweizerischer Ehegatten im Auslande durch Art. 43 ZEG. geregelt.[1]) Art. 43

[1]) Die Kollisionsnormen über Eheschließung, Ehescheidung, Ehenichtigkeit usw. von Schweizern im Auslande werden durch das Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter v. 25. 6. 1891 nicht berührt; Schlatter, Z. f. i. R. Bd. 2 S. 452.

Abs. 1 bestimmt das Gericht des Wohnsitzes des Ehemannes als für die Scheidungsklage zuständiges Gericht. Abs. 2 lautet:

„Beim Abgange eines Wohnsitzes in der Schweiz kann die Klage am Heimat-(Bürger-)Orte oder am letzten schweizerischen Wohnorte des Ehemannes angebracht werden".

Die Frage nun, ob dieser Artikel für die Schweizer im Auslande einen ausschließlichen Gerichtsstand im Inlande begründe, war höchst bestritten.[2]) Der schweizerische Bundesrat[3]) bejahte diese Frage. Obwohl diese Auslegung des Gesetzes durch den Bundesrat für die schweizerischen Gerichte nicht bindend war,[4]) konnten Schweizer im Auslande doch nur in der Schweiz die Scheidungsklage anstellen, da ja der Bundesrat nach Art. 12 ZEG., wonach ihm die Oberaufsicht über das Zivilstandswesen übertragen wird, die Eintragung ausländischer Scheidungsurteile verweigern konnte und auch tatsächlich verweigerte.[5]) So war es denn un-

---

[2]) Hauser S. 10ff.; v. Salis, Z. f. schweiz. R. Bd. 30 S. 55ff.; Martin, Journal de droit international privé Bd. 24 S. 755; Martin, Commentaire S. 148ff.; Meili, Civilprozeßrecht S. 228; Ott, Schweiz. JurZ. 2. Jahrg. Nr. 8 S. 97ff.; BGE. v. 17. 5. 1889 Bd. 8 S. 17, abgedr. in Z. f. i. R. Bd. 1 S. 93ff.

[3]) Schweiz. Bundesblatt 1888 Bd. 2 S. 774, 1898 Bd. 2 S. 518, 1897 Bd. 1 S. 373, 1904 Bd. 5 S. 886; zit. bei Hauser S. 10.

[4]) Morel, Z. f. schweiz. R. Bd. 30 S. 383ff.

[5]) Zu welchen Mißständen die Praxis des Bundesrates führte, zeigt folgendes Beispiel: Ein deutsches Gericht hatte ein schweize-

möglich, daß eine im Auslande erfolgte Scheidung in der Schweiz anerkannt wurde. Der deutsche Richter wies die Scheidungsklage von in Deutschland domizilierten Schweizern nach § 606 Abs. 4 CPO. ab.[6] [7]

---

risches Ehepaar D. am 18. 10. 1889 geschieden. D. wollte nun 1902 mit einer Ida B. aus Preußen eine neue Ehe eingehen und verlangte nun, gestützt auf das Scheidungsurteil von 1889, daß das Zivilstandsamt seiner Heimatgemeinde E. im Kanton St. Gallen die Eheverkündung vornehme und das Eheanerkennungszeugnis ausstelle. Seinem Gesuche konnte nicht entsprochen werden, da ja die Eintragung von im Ausland erfolgten Ehescheidungen unstatthaft war. D. reiste nun nach England und schloß in London vor dem „Register Office" des Holborn Districts eine gültige Ehe mit der Ida B. Gestützt auf die Ehebescheinigung des englischen Civilstandsbeamten verlangte D. nun an seinem schweizerischen Heimatsorte die Ausstellung von Familienpapieren. Nun mußten die Papiere ausgestellt werden, da nach Art. 54 der Bundesverfassung die in England gültig abgeschlossene Ehe auch in der Schweiz gültig ist. Damit erlangte auch die in Deutschland ausgesprochene Ehescheidung Gültigkeit in der Schweiz (Beschluß des Bundesrates v. 17. 11. 1903, abgedr. in Z. f. i. R. Bd. 14 S. 111 ff.; vgl. A. Huber, Schweiz. JurZ. 1. Jahrg. S. 241).

[6]) Annalen d. Kgl. Sächs. OLG. Dresden Bd. 24 S. 547.

[7]) Selbst wenn der Bundesrat den Art. 43 und im andern Sinne ausgelegt hatte, wäre die Zuständigkeit des deutschen Richters nicht gegeben gewesen. § 606 Abs. 4 verlangt, daß sich für die Zuständigkeit des konkreten deutschen Gerichtes eine positive Bestimmung im ausländischen Rechte finde. Dies ist aber im schweizerischen Rechte nicht der Fall (Gaupp-Stein Bd. 2 S. 208).

Eine Scheidung von Tisch und Bett war eo ipso unmöglich.

B. Der heutige Rechtszustand.

Als nun das Haager Abkommen in Kraft trat, frug es sich, ob Art. 43 Abs. 2 ZEG. denn noch mit dem Konventionsrechte vereinbar sei. Zur Entscheidung dieser Frage ersuchte nun der Bundesrat das Bundesgericht, sich in einem Gutachten darüber zu äußern, ob der Gerichtsstand des Art. 43 Abs. 2 ein ausschließlicher sei oder nicht. In seiner Antwort[8]) kam das Bundesgericht zu dem Schlusse, daß Art. 43 Abs. 2 für Schweizer im Auslande keinen ausschließlichen Gerichtsstand begründe. Der ausländische Schweizer habe seinen Gerichtsstand in erster Linie an seinem Domizil, da ja die schweizerische Jurisdiktion im internationalen Privatrechte grundsätzlich auf dem Boden des Domizilprinzips stehe.[9]) Der Gerichtsstand des Art. 43 Abs. 2 trete lediglich subsidiär zur Jurisdiktion des ausländischen Domizils, auf „daß den auswärts wohnenden Schweizern auch die Berufung auf die weitgehenden[10]) Scheidungsgründe des schweizerischen Rechtes ermöglicht werden sollte". Diese Auslegung folge schon aus dem Wortlaut des Art. 43 Abs. 2: Die

---

[8]) Hauser S. 11ff.

[9]) Einschränkung des Domizilprinzips in Art. 56 ZEG.

[10]) Die Schweiz hat unter allen Kulturstaaten das freieste Ehescheidungsrecht; Davidson S. 191.

Klage kann ... angebracht werden.[11]) Auf dieses Gutachten hin änderte der Bundesrat seine Praxis und erklärte,[12]) er habe keinen Grund mehr, in Zukunft „als Oberaufsichtsbehörde der mit der Führung des Zivilstandsregisters betrauten Verwaltungsbehörden die Eintragung ausländischer Ehescheidungsurteile zu verbieten".[13])

Wir ersehen somit, daß heute der deutsche Richter in Ehescheidungssachen für Schweizer zuständig ist,[14]) und wir haben uns noch darüber zu äußern, ob er auch auf Scheidung von Tisch und Bett bei der auf Art. 47 fundierten Ehescheidungsklage erkennen kann.

Da feststeht,[15]) daß das Haager Abkommen keine

---

[11]) vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt v. 17. 5. 1899, abgedr. in Z. f. i. R. Bd. 10 S. 86; dazu Meili, Internationales Zivil- und Handelsrecht S. 318; v. Salis a. a. O. S. 54.

[12]) Hauser S. 11 ff.

[13]) Ott, Z. f. i. R. Bd. 18 (1908) S. 510.

[14]) Das Haager Abkommen Art. 5 Abs. 2 vorletzter Satz verlangt nicht wie § 606 Abs. 4 CPO. (s. oben Anm. 7) eine ausdrückliche Zuständigkeitserklärung der ausländischen Gesetzgebung für die Zuständigkeit deutscher Gerichte. Ein deutsches Gericht ist vielmehr schon dann in Ehescheidungssachen zuständig, wenn das heimatliche Recht des Ausländers sich nicht die ausschließliche Gerichtsbarkeit für seine Angehörigen vorbehält. Annalen des Kgl. Sächs. OLG. v. 28. 11. 1905 Bd. 27 S. 298, abgedr. in Z. f. i. R. Bd. 16 S. 293 ff.; dazu die Redaktionsbemerkung vom Oberlandesgerichtsrat Schmerl.

[15]) s. oben S. 19 ff.

Bestimmungen über die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett hat aufstellen wollen, so werden die Kollisionsfragen der zeitweiligen Separation von Tisch und Bett auch weiterhin durch die Normen des innerstaatlichen internationalen Privatrechts gelöst werden müssen.[16]) Da aber nach schweizerischem Recht die Scheidung von Tisch und Bett nur in gewissen Fällen, „wo das eheliche Verhältnis als tief zerrüttet erscheint" und doch keiner von den durch das Gesetz normierten absoluten Scheidungsgründen vorliegt, auf eine Scheidungsklage hin ausgesprochen wird, so war die Meinung des Gesetzgebers die, daß auch in diesem Falle den Ehegatten die Scheidung ermöglicht werden sollte, wenn auch unter erschwerten Umständen. Die zeitweise Trennung ist also gewissermaßen nur da, um zu erweisen, ob wirklich das eheliche Verhältnis tief zerrüttet ist. Ist während der Trennung keine Aussöhnung zustande gekommen, so ist eben die Ehe tief zerrüttet und muß geschieden werden, da eine solche Ehe unvereinbar ist mit der hohen sittlichen Wertschätzung, welche der Gesetzgeber an dieses Institut knüpft. Die Scheidung von Tisch und Bett ist nur ein provisorischer Zustand, der nur als Vorläufer der Scheidung bedeutungsvoll ist. Sie ist ein unselbständiges Institut, eine Emanation der latenten, gänzlichen Scheidung. Sie wird also von einem Vertragsstaate nur dann ausgesprochen werden können,

---

[16]) Kahn a. a. O. S. 185ff.

wenn auch nach dessen Recht eine spätere Scheidung möglich sein wird. Die primäre Frage, ob die Scheidungsklage angebracht werden kann, muß also nach Konventionsrecht beantwortet werden, die sekundäre, ob die zeitweilige Trennung angeordnet werden kann, muß nach dem innerstaatlichen internationalen Privatrecht gelöst werden.

Die primäre, von uns ausgesprochene Frage ist nicht eine Rechtsfrage im engeren Sinne, sondern sie beurteilt sich nach dem in concreto vorliegenden Fall. Es ist aber wohl möglich, daß der Scheidungsgrund des Art. 47 ZEG. zugleich einen Scheidungsgrund des § 1568 BGB. bildet.[17]) Wir begnügen uns damit, dies festgestellt zu haben, und wenden uns nun der sekundären Frage zu, ob der deutsche Richter eine zeitweilige Trennung von schweizerischen Ehegatten aussprechen kann.

In der kurzen Zeit des Bestehens der Haager Konvention ist noch kein deutsches Gericht in den Fall gekommen, Stellung zu dieser Frage nehmen zu müssen. Der deutsche Richter soll nach Art. 17 Abs. 1 EG. z. BGB. bei einer Scheidungsklage die schweizerischen Gesetze anwenden. Darf er nun in Anwendung der schweizerischen Rechte die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett anordnen? Die Frage ist in der Literatur meist in einem anderen Zusammenhange erörtert als mit dem heutigen schweizerischen Recht. Es wird haupt-

---

[17]) BGE. Bd. 27 II 1907, Bd. 33 II S. 3 ff., 485 ff.

sächlich die Zulässigkeit der Klage auf zeitweilige Separation besprochen.[18]) Diese Frage haben wir nicht zu entscheiden, da ja dem schweizerischen Rechte, wie wir gezeigt haben, eine Klage auf zeitweilige Separation fremd ist.[19]) Uns interessiert hier vielmehr nur, ob der deutsche Richter auf eine nach Konventionsrecht fundierte Ehescheidungsklage hin die zeitweilige Separation nach Art. 47 anordnen darf. Diese Frage wird vielfach verneint mit der Begründung, daß eine solche Anordnung der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett ein gegen die guten Sitten und gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßendes Institut sei und somit nach Art. 30 EG. z. BGB. die Anwendung dieses ausländischen Rechts nach Art. 17 Abs. 1 einschränke.[20]) Es geht nun aber aus den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch[21]) klar hervor, daß der Gesetzgeber die zeitweise Trennung durchaus nicht für etwas Unsittliches, den ordre public Störendes angesehen hat. Sie bezweckt ja nur, in gewissen Fällen (Art. 47) eine allzu rasche Scheidung zu vermeiden, einen Erfolg, den auch die deutsche Rechtsordnung (s. unten) bezweckt.

---

[18]) Dafür Osthelder a. a. O. S. 58; Staudinger S. 60; dagegen Niemeyer S. 154; Niedner S. 50; Planck S. 69ff.; Erler im Recht 1900 S. 95; Friederici S. 52.

[19]) s. oben S. 30.

[20]) Niedner S. 50.

[21]) Bd. 4 S. 578ff., 597.

Die zeitweilige Trennung wird vielmehr aus praktischen und formellen Gründen vom deutschen Richter nicht ausgesprochen werden. Das deutsche Recht besitzt nämlich ein Institut der Aussetzung des Verfahrens nach § 620 CPO., eine genau demselben Zweck dienende Vorschrift wie die Scheidung von Tisch und Bett des Art. 47 ZEG. Die betreffende Bestimmung der Civilprozeßordnung lautet:

§ 620: „Die Aussetzung ist von Amts wegen anzuordnen, wenn die Scheidung auf Grund des § 1568 BGB. beantragt ist und die Aussicht auf Aussöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen erscheint.

Auf Grund dieser Bestimmungen darf die Aussetzung im Laufe des Rechtsstreites nur einmal und höchstens auf zwei Jahre angeordnet werden".

In Verbindung mit § 627 CPO. (einstweilige Verfügung) bildet § 620 einen vollständigen Ersatz für die zeitweilige Separation des schweizerischen Rechts. Durch die Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen im Falle des § 1568 BGB. macht die deutsche Rechtsordnung in gleicher Weise wie die schweizerische im Falle von Art. 47 ihr Interesse zur Verhütung übereilter Ehescheidungen geltend. Aus dem Wortlaut der zitierten Bestimmung, wonach eine Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 1568 immer angeordnet werden muß, wenn eine Versöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen erscheint, folgt, daß die Scheidung nach § 1568 BGB.

ohne Aussetzung in der Praxis selten vorkommen dürfte.[22])

Es wäre deshalb höchst unpraktisch und unbegründet, den deutschen Richter zu verhalten, zwei Vorschriften des Inlandes und des Auslandes, welche juristisch denselben Zweck und Erfolg haben, miteinander zu kumulieren. Es erhellt doch aus der Natur der Sache, daß man dem deutschen Richter billigerweise nicht zumuten kann, an Stelle des Verfahrens der Aussetzung, das ihm geläufig ist, eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett des Auslandrechtes treten zu lassen, eine Institution, mit der er weniger vertraut ist, und die denselben legislativen Zweck wie § 620 CPO. und den gleichen Inhalt wie § 627 CPO. hat.

Die Unzulässigkeit der schweizerischen Scheidung von Tisch und Bett für den deutschen Richter folgt aber vor allem aus den prozessualen Grundsätzen der deutschen Civilprozeßordnung. Der deutsche Gesetzgeber hat sich vornehmlich aus prozessualen Gründen für die Ablehnung der zeitweiligen Trennung ausgesprochen, wie dies unzweideutig aus den Protokollen hervorgeht (Prot. Bd. 4 S. 417): „Eine Aussöhnung werde aber weit eher dadurch erreicht, daß man den Richter ermächtige, von Amts wegen das Ehescheidungsverfahren auf eine angemessene Zeit auszusetzen, als daß man dem beleidigten Ehegatten die Befugnis beilege, zunächst

---

[22]) Gaupp-Stein Bd. 2 S. 253; Kahn a. a. O. S. 157 ff.

nur auf Trennung von Tisch und Bett zu erkennen. Das auf Trennung lautende Urteil sei ein Scheidungsurteil und nötige den Richter, den gesamten Streitstoff im einzelnen zu erörtern und die gesamte Beweisaufnahme vorzunehmen. Erfahrungsmäßig sei eine derartige gerichtliche Diskussion der der Zerrüttung des ehelichen Lebens zugrunde liegenden Tatumstände einer etwaigen Aussöhnung der Ehegatten nicht günstig. Beschränke man sich darauf, dem Richter die Befugnis zur Aussetzung des Verfahrens zu gewähren, so werde dieser Übelstand vermieden. Der Richter könne alsdann, ohne die vorgeschlagenen Beweise zu erheben gleich zum Beginne des Prozesses die Aussetzung anordnen. Dem vorherigen Erlaß eines Trennungsurteiles stünden aber auch praktische Bedenken entgegen . . . Lasse man das Scheidungsurteil nicht auf Grund des Trennungsurteiles ergehen, so sei eine zweimalige ausführliche Erörterung des Streitstoffes erforderlich, ein Verfahren, für das jedenfalls ein ausreichendes Bedürfnis nicht bestehe.[23])

[23]) vgl. dazu Huber, Erl. z. Vorentw. eines schweiz. ZGB. S. 137: Freilich ist es doch erwogen worden, ob nicht der Bund hier einen Schritt weitergehen dürfte, und in diesem Sinne war eine Bestimmung in der früheren Redaktion des Entwurfes vorgeschlagen worden, wonach der Richter, wenn die Scheidungsklage angebracht war, auf Antrag des Klägers oder bei einem Scheidungsgrund, der nicht mit Strafe bedroht ist, von sich aus die Verhandlungen in jedem Stande des Prozesses auf längstens zwei Jahre auszusetzen befugt gewesen wäre, sobald Hoffnung vorhanden, daß die beiden Ehegatten sich inzwischen wieder ver-

Der deutsche Gesetzgeber hat somit eine materielle Doppelverhandlung, wie sie das schweizerische Recht bei der zeitweiligen Separation von Tisch und Bett statuiert hat, ausdrücklich abgelehnt. Die Scheidung von Tisch und Bett des schweizerischen Rechts ist also unvereinbar mit dem deutschen Prozeßgesetze und darf infolgedessen vom deutschen Richter nicht ausgesprochen werden.

---

söhnen werden. Der Vorschlag wurde nicht aufgenommen, weil er zu sehr in das kantonale Prozeßrecht eingegriffen und mit der Stellung des Richters mancherorts in zu großem Widerspruch gestanden hätte.

III. Das Recht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs.

I. Die Trennung der Ehe auf bestimmte und unbestimmte Zeit.

Das am 1. 1. 1912 in Kraft tretende schweizerische Zivilgesetzbuch kennt im Gegensatze zum heute geltenden Recht neben der Scheidungsklage eine Klage auf Trennung der Ehe. Die Einführung dieses Institutes erfolgte hauptsächlich aus den obenerwähnten Gründen.[1]) Aber der schweizerische Gesetzgeber hat die Trennung der Ehe auf unbestimmte Zeit nicht nur als ein Konzessionsinstitut für den katholischen Teil der Bevölkerung aufgenommen, sondern er hat in sie eigene legislativ politische Rechtsgedanken gelegt. Bei den Beratungen zu einer Neuordnung des schweizerischen Ehescheidungsrechts machten sich vielerorts Klagen geltend über das bestehende Recht, das die Scheidung zu sehr erleichtere, und man wies dabei auf die im Vergleich zu andern Staaten überaus hohe Zahl der in der Schweiz jährlich ausgesprochenen Ehescheidungen hin.[2]) Man nahm mit

[1]) vgl. Barazetti a. a. O. S. 115; Rümelin a. a. O. S. 64ff.

[2]) Amtl. Stenogr. 1905 S. 1055; Breitenbach a. a. O. S. 18.

Recht an, daß die alljährlichen hohen Scheidungsziffern nicht zu der Annahme berechtigen, daß im Volke bei Eingehung der Ehe nicht mehr eine hohe und ernste Auffassung über ihr Wesen obwalte, sondern man fand die Ursache dazu allein im geltenden Rechte, das die Scheidung allzusehr erleichtere. Deshalb suchte man vor allem zu verhindern, daß Ehegatten Scheidung erlangen konnten, auch wenn nach Überzeugung des Richters mit der Zeit eine Aussöhnung nicht unwahrscheinlich gewesen wäre. Man wandte deshalb der im geltenden Rechte bestehenden Scheidung von Tisch und Bett mehr Aufmerksamkeit zu und räumte ihr im neuen Rechte größere Bedeutung ein.[3]) Nach dem Zivilgesetzbuch darf der Richter bei jeder Scheidungsklage, unbekümmert ob sie auf einen speziellen (Art. 137—141) oder einen generellen (Art. 142) Scheidungsgrund fundiert sei, im Gegensatz zum heutigen Recht eine Trennung anordnen, „wenn Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist“ (Art. 146 Abs. 3). Dabei ist es dem Richter freigestellt, entweder eine Trennung auf bestimmte Zeit, wobei er jedoch nicht weniger als ein Jahr und nicht mehr als drei Jahre als Dauer der Trennung bestimmen darf, oder eine Trennung auf unbestimmte Zeit anzuordnen (Art. 147 Abs. 1). Die Ausdehnung der Trennungszeit von zwei Jahren des geltenden Rechts auf drei Jahre im neuen Recht erfolgte namentlich von

---

[3]) Huber, Erläuterungen S. 18.

dem Gesichtspunkte aus, daß auch im geltenden Recht der Zustand der Ehelosigkeit tatsächlich drei Jahre dauerte, da nach Ablauf der zwei Jahre der Trennungszeit noch der durchzuführende Scheidungsprozeß ungefähr ein Jahr dauerte. Auch dem neuen Recht ist eine Trennungsklage auf bestimmte Zeit unbekannt. Nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit fällt die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dahin, und eine Fortsetzung des getrennten Lebens durch die Ehegatten kommt nur noch als tatsächliches, aber nicht mehr als rechtliches Verhältnis für die Rechtsordnung in Betracht.

Der Richter kann aber auch auf eine Scheidungsklage hin eine Trennung der Ehe auf unbestimmte Zeit anordnen. Es ist nämlich wohl möglich, daß bei einem bestimmten Tatbestand der Richter eine Aussöhnung der Ehegatten zwar nicht für ausgeschlossen hält, aber betreffs der Bestimmung der Trennungszeit nicht in der Lage ist, das Richtige zu treffen. Bei manchen Ehen wäre eine Aussöhnung absolut nicht ausgeschlossen, wenn nur die Zeit der Trennung verlängert werden könnte. Um auch diesen Fällen Rechnung tragen zu können, hat der Gesetzgeber dieses elastische Rechtsinstitut geschaffen, indem er das Institut der Trennung auf unbestimmte Zeit, das klageweise nur mit Rücksicht auf das katholische Dogma aufgenommen worden war, selbständig verwertet hat. Die Trennung der Ehe auf unbestimmte Zeit des Zivilgesetzbuchs erfüllt also je nach der Sachlage ganz verschiedene legislative Zwecke.

Im einen Fall ist sie da, um die Scheidung zu verhindern, im andern Fall besteht sie um ihrer selbst willen, nämlich um katholischen Ehegatten eine Auflösung der Ehe zu bieten, die sich mit ihrem religiösen Bekenntnis verträgt.

Durch Einführung der Trennung auf unbestimmte Zeit hat also der Gesetzgeber in origineller Weise zwei legislative Zwecke erfüllt. Nun liegt aber dem Gesetzgeber fern, daß durch Anordnung der Trennung auf unbestimmte Zeit die Ehegatten in ihrer persönlichen Verfügungsgewalt beschränkt werden sollen. Ein zu langes Getrenntleben der Ehegatten mit fortbestehendem vinculum matrimonii ist ihm gar nicht erwünscht. Einmal muß zur Liquidation geschritten werden. So bestimmt Art. 147 Abs. 3: „Hat die auf unbestimmte Zeit ausgesprochene Trennung drei Jahre gedauert, so kann jeder Ehegatte, wenn eine Wiedervereinigung nicht erfolgt ist, die Scheidung oder die Aufhebung der Trennung verlangen“. Daraus folgt aber, daß jede Trennung auf unbestimmte Zeit eine Trennung auf bestimmte Zeit, nämlich auf drei Jahre, in sich schließt. Mit Ablauf der drei Jahre bekommt der Ehegatte einen Anspruch darauf, daß dem gegenwärtigen Rechtszustande entweder durch Aufhebung der Trennung, was gleichbedeutend ist mit Wiederherstellung der Ehe, oder durch definitive Scheidung ein Ende gemacht werde. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Trennungsarten besteht darin, daß wenn der eine Ehegatte bei Trennung auf unbestimmte Zeit nach drei Jahren seinen

Anspruch geltend macht, er noch bis zum Urteil getrennt bleibt, während bei der Trennung auf bestimmte Zeit die Ehe nach Zeitablauf ipro iure wiederauflebt. Um aber einem allzu langen Zustand der Ehelosigkeit vorzubeugen, der eintreten könnte, wenn nach Ablauf der bestimmten Zeit im Scheidungsurteil vom Richter auf eine Wartefrist für den schuldigen Teil erkannt würde (Ehebruch 1—3 Jahre, Art. 150 Abs. 1), so ist nach Art. 150 Abs. 2 die Dauer der vorausgegangenen gerichtlichen Trennung dem Schuldigen für die Wartefrist anzurechnen.

Nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit erfolgt ipso iure eine definitive Rechtslage, nämlich die Wiederherstellung der Ehe. Hat aber die Trennungszeit nicht die beabsichtigte Wirkung gehabt, die Ehegatten zu versöhnen, wünschen sie vielmehr immer noch eine Scheidung herbeizuführen, so ist auf eine neue Scheidungsklage hin die definitive Scheidung auszusprechen, es sei denn, der ausschließlich schuldige Teil erhebe die Klage. Dasselbe gilt für den Fall, wo nach drei Jahren der Trennung auf unbestimmte Zeit ein Ehegatte die Scheidungsklage erhebt. Es ist nämlich im Gesetz unterschieden worden, ob der ausschließlich schuldige Teil oder der unschuldige Ehegatte die Scheidungsklage erhebt. Art. 148 Abs. 1 u. 2 lautet:

„Wird nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit oder, wenn die Trennung auf unbestimmte Zeit ausgesprochen wurde, nach Ablauf von drei Jahren die Scheidung auch nur von einem Ehegatten verlangt, so

muß sie ausgesprochen werden, es sei denn, daß sie auf Tatsachen gegründet werde, die ausschließlich den nunmehr die Scheidung verlangenden Ehegatten als schuldig erscheinen lassen.

Die Scheidung ist auch in diesem Falle auszusprechen, wenn der andere Ehegatte die Wiedervereinigung verweigert".

Es können also nach dem Gesetz nach Ablauf der drei Jahre folgende Fälle eintreten:

1. Keiner der Ehegatten erhebt die Scheidungsklage. Die Trennung dauert fort (Art. 147 Abs. 3).
2. Beide Ehegatten erheben die Scheidungsklage. Die Scheidung muß ausgesprochen werden.
3. Der unschuldige Ehegatte erhebt die Scheidungsklage. Es erfolgt die Scheidung.
4. Die Schuld ist nicht ausschließlich verteilt, und es verlangt einer der Ehegatten die Scheidung. Sie muß ausgesprochen werden.
5. Der ausschließlich schuldige Teil verlangt Scheidung und der andere schuldlose Ehegatte verweigert die Wiedervereinigung. Es erfolgt Scheidung.
6. Der ausschließlich schuldige Teil verlangt Scheidung und der andere schuldlose Teil verlangt Wiedervereinigung. In diesem Falle erfolgt keine Scheidung.

Bei den Beratungen zum Zivilgesetzbuch herrschte sowohl im Ständerat als auch im Nationalrat Uneinigkeit über die Frage, ob auch im Falle 6 auf Scheidung zu erkennen sei oder nicht. Es erscheint uns deshalb angebracht, auch hier bei der dogmatischen Übersicht über die Trennung Stellung zu der Frage zu nehmen. Die einen, welche die nun ins Gesetz aufgenommene Ansicht vertraten, ließen sich dabei von folgenden Gesichtspunkten leiten: Der ausschließlich schuldige Teil dürfe deshalb nicht das Recht haben, nach drei Jahren eine Scheidung herbeizuführen, weil es dem Rechtsgefühl widerstrebe, daß einer sich auf seine Schuld, auf seine eigene Schlechtigkeit soll berufen können, um einen Auflösungsgrund für die Ehe geltend zu machen.[4]) Eigenes Verschulden soll kein Recht erzeugen! — Viele aber waren der Ansicht, daß nach drei Jahren unbekümmert um die Frage der Verschuldung die Ehe auf die Klage jedes Ehegatten geschieden werden müsse. Und in der Tat wäre diese Lösung die bessere gewesen. Das Gesetz hat ja das Prinzip, daß keiner aus seinem Verschulden Rechte erwerben könne, konsequent durchgeführt, indem es ausdrücklich bestimmt, daß immer nur derjenige auf Scheidung klagen kann, der nicht ausschließlich schuldig ist (Art. 142 Abs. 2). Da es aber im Wesen der Trennung liegt, daß sie eine Wiederversöhnung herbeiführen soll, so ist, wenn die eheliche

[4]) Amtl. Stenogr. 1905 S. 1028, 1067.

Gemeinschaft während der Trennungszeit nicht wieder aufgenommen worden ist, der Beweis geliefert, daß die Ehe tief zerrüttet ist, und es liegt nicht im Interesse der Sittlichkeit, eine solche Ehe entgegen dem Willen eines Ehegatten aufrechtzuerhalten. Der die Scheidung verlangende Ehegatte soll sich im Momente der Klagerhebung bewußt sein, was die Scheidung für Konsequenzen für ihn hat, und er soll eine voreilige Klage nicht damit rechtfertigen können, daß er nach drei Jahren in der Lage sein werde, sich noch einmal überlegen zu können, ob er wirklich geschieden sein wolle oder nicht; denn die Bestimmung darf nicht zum reinen Strafmittel herabgedrückt werden. Bei Erhebung der Scheidungsklage übt ja allerdings der eine Ehegatte sein ihm zustehendes Recht aus. In Wirklichkeit muß man aber doch zugeben, daß der schuldige Teil unter gewissen Umständen durch die Tatsache des Scheidungsprozesses in der Öffentlichkeit so bloß gestellt wird, daß ihm nach drei Jahren eine Weitersetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann.[5]) Durch die Tatsache, daß einerseits der andere Ehegatte den Richter angerufen hat, und daß anderseits dieser eine Trennung von drei Jahren angeordnet, ist im gewissen Sinne seine Schuld konsumiert worden, was auch aus Art. 150 Abs. 2 (s. oben) hervorgeht. Trotz dieser Argumente ist leider die andere Lösung, wonach auf das Verschulden des klagenden Ehegatten abgestellt werden soll, Gesetz geworden.

[5]) Amtl. Stenogr. 1905 S. 1031, 1062, 1065, 1066.

Wenn wir auch prinzipiell diese Gesetzesbestimmung als verfehlt bezeichnen müssen, so müssen wir doch zugeben, daß ihre Aufnahme insofern kein großes Unglück bedeutet, als sie in der Praxis nicht von großer Bedeutung sein wird. Bei den meisten Ehescheidungsfällen hält es schwer, festzustellen, welcher Ehegatte schuldig ist an der Zerrüttung der Ehe. In den weitaus meisten Fällen fällt eben auf jeden Ehegatten ein Teil der Verschuldung, wobei der eine schuldhafter sein mag als der andere. Da kann jeder Scheidung erlangen. Der Fall, wo der Richter sagen kann: „dieser Gatte ist ausschließlich schuldig", dürfte sehr selten sein, und zudem ist es in diesem Fall sehr unwahrscheinlich, daß der andere Ehegatte, der zuerst auf Scheidung geklagt hat, einer Wiedervereinigung zustimmen wird, so daß auch meistens in den Fällen, wo ausschließliches Verschulden vorliegt, Scheidung auf die Klage des schuldhaften Teils erfolgen wird.

2. Kann der deutsche Richter von Amts wegen die Trennung anordnen?

Bei Beantwortung dieser Frage können wir uns kurz fassen, indem wir auf die Ausführungen über das geltende Recht (s. oben) verweisen. Die Scheidung von Tisch und Bett und die auf eine Scheidungsklage hin erfolgende Trennung der Ehe sind qualitativ nicht verschiedene Rechtsinstitute. Es gilt für die internationale

Anwendung der Trennung das gleiche wie für die Scheidung von Tisch und Bett. Der deutsche Richter wird aus gleichen Gründen die Trennung nicht mit dem Institut der Aussetzung des Verfahrens kumulieren können. Wohl aber folgt aus der nach Art. 17 Abs. 4 EG. z. BGB. gebotenen Anwendung fremden Rechts,[6]) daß der Richter in jedem Fall, wenn Aussicht auf Wiedervereinigung vorliegt, die Aussetzung von Amts wegen anordnen darf und nicht nur dann, wenn die Klage sich auf einen generellen Scheidungsgrund gründet, wie § 620 CPO. bestimmt. Aus dem gleichen Grunde wird die Aussetzung des Verfahrens auch drei Jahre dauern können, obwohl § 620 CPO. zwei Jahre als Maximalgrenze bestimmt. Vom theorethischen Standpunkt aus darf der deutsche Richter sogar eine Aussetzung des Verfahrens auf unbestimmte Zeit anordnen, und es könnte dann erst nach drei Jahren auf Begehren eines Ehegatten die Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgen. Doch dürfte dieser Fall in der Praxis wohl kaum von Bedeutung sein; denn der deutsche Richter wird eben in Wirklichkeit doch die Aussetzung des Verfahrens so anordnen, wie er es gewohnt ist. Und dabei hat es zu bleiben,

---

[6]) Die Normen über die Aussetzung des Verfahrens gehören zwar dem zwingenden Rechte an. Die Aussetzung des Verfahrens ist aber hier in erster Linie Surrogat des materiellen schweizerischen Zivilrechts, und ihre Erweiterung im angedeuteten internationalen Sinne dürfte theoretisch wohl möglich sein. In der Praxis wird eine solche Ausdehnung kaum vorkommen.

da ja keine der Parteien ein subjektives Recht darauf hat, daß in einem bestimmten Fall von Amts wegen auf Trennung auf unbestimmte Zeit erkannt werde. Daß aber der deutsche Richter die Aussetzung des Verfahrens nur in der von der deutschen Civilprozeßordnung geregelten Weise anzuordnen hat, ergibt sich aus der Rückverweisung des neuen schweizerischen Rechts auf das Bürgerliche Gesetzbuch (s. unten S. 60 ff.). Die von Amts wegen auszusprechende Trennung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit des Zivilgesetzbuches ist somit für den deutschen Richter unbeachtlich.

3. Können schweizerische Ehegatten in Deutschland auf Trennung klagen?

Auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist den berechtigten Interessen der Katholiken entgegengekommen und hat in dem Institut der „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" eine Auflösung der Ehe geschaffen, welche auch gläubige Katholiken erlangen können, ohne mit ihren religiösen Anschauungen in Konflikt zu geraten. Es ist jedem Ehegatten, der berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen, unbenommen, anstatt der Scheidungsklage die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft anzustellen (§ 1575 BGB.). Die Entscheidung, ob die Klage begründet ist, erfolgt nach Scheidungsgrundsätzen. Wird die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vom Richter angeordnet, so tritt

eine vollständige tatsächliche Trennung der Ehe ein. Jedoch die Ehe bleibt zu Recht bestehen, und keiner der Ehegatten darf eine neue Ehe eingehen (§ 1586 BGB.). Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat also die gleichen Wirkungen wie die Trennung der Ehe des Zivilgesetzbuches. Sie unterscheidet sich nur in einem Punkte von den in den anderen Staaten mit Rücksicht auf die Katholiken geschaffenen Auflösungsarten der Ehe. Es steht nämlich dem anderen Ehegatten jederzeit frei, durch bloßen Antrag eine gänzliche Scheidung der Ehe herbeizuführen (§ 1575 BGB.). Damit hat der Gesetzgeber vor allem verhindern wollen, daß auf den schuldigen Teil irgendein Zwang ausgeübt werden könne, wenn die religiöse Überzeugung des schuldlosen Ehegatten eine Scheidung verwirft. Der Staat hat zwar die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aus konfessionellen Gründen eingeführt, aber er hat auch zugleich die Kautelen geschaffen, um ein Eindringen konfessionellen Rechts ins Bürgerliche Gesetzbuch zu verhüten.

Wenn wir übrigens näher zusehen, so ist die Trennung der Ehe auf unbestimmte Zeit im Zivilgesetzbuch der ehelichen Gemeinschaft auch in diesem Punkte sehr nahestehend. Die Trennung auf unbestimmte Zeit im engeren Sinn fängt nämlich, wie wir oben gesehen haben, erst nach Ablauf der ersten drei Jahre an. Es ist aber auch nach deutschem Recht sehr wohl möglich, daß das Verfahren bei einer Aufhebungsklage auf zwei

Jahre ausgesetzt wird, so daß dann während dieser Zeit die Ehegatten zwar tatsächlich so leben, wie wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben worden wäre,[7]) ohne daß aber während dieser Zeit die Scheidung herbeigeführt werden kann. Nun ist das allerdings im deutschen Recht nicht so häufig, während dieser dreijährige gebundene Zustand im schweizerischen Rechte die Regel ist.[8]) Da aber die Trennung der Ehe auf unbestimmte Zeit im eigentlichen Sinne erst nach drei Jahren beginnt, kann sie, wenn wir von dem sehr seltenen Fall, wo der ausschließlich schuldige Teil Scheidung verlangt und der andere Ehegatte Wiedervereinigung wünscht, absehen, auch in bezug auf Möglichkeit der Umwandlung in Scheidung als ein mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft identisches Institut gelten. Daß das auch die Meinung des schweizerischen Gesetzgebers ist, geht klar aus Schlußtitel ZGB. Art. 61, 7 i Abs. 2, hervor. Es heißt dort: „Die Trennung oder eine ihr nach aus-

[7]) Urteil d. OLG. Celle v. 23. 9. 1903, in Rechtspr. d. OLG. Bd. 11, herausgegeben von Mugdan u. Falkmann.

[8]) Es ist eben im ZGB. nicht genügend unterschieden worden, ob die Trennung von Amts wegen oder auf Klage hin erfolgt. Es ist durchaus unbillig, wenn die Gegenpartei in einem Falle, wo auf Scheidungsklage hin sofortige Scheidung ausgesprochen werden würde, nun bei einer Trennungsklage drei Jahre daran gebunden sein soll, nicht ihrerseits sofortige Scheidung herbeiführen zu können. Die dreijährige Gebundenheit kann man doch in einem solchen Falle vernünftigerweise nicht als Versöhnungszeit auffassen wollen.

ländischem Recht entsprechende Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft steht unter dem gleichen Recht wie die Scheidung".

Aber auch die französische séparation de corps unterscheidet sich von der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur dadurch, daß erst nach Ablauf einer dreijährigen Trennungszeit die Scheidung herbeigeführt werden kann. Obwohl dies zweifellos ein erheblicher Unterschied ist, folgt daraus noch lange nicht, daß die beiden Rechtsinstitute nur dann als privatinternational identisch zu betrachten wären, wenn sie sich auch in ihren juristischen Ausgestaltungen kongruent wären. Wozu wäre dann eine Wissenschaft des internationalen Privatrechtes nötig! Die séparation de corps, die Trennung der Ehe und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft müssen vielmehr ihrem Zweck und ihrem Gehalt nach als privatinternational identische Rechtsinstitute angesehen werden.[9]) Sie alle bedeuten eine

[9]) So hauptsächlich Kahn a. a. O. S. 167ff.; Windscheid - Kipp a. a. O. Bd. 3 § 489 N. 2; Friedberg a. a. O. S. 509—511 Anm. 48; Enneccerus-Lehmann a. a. O. Bd. 2 S. 493; Erler a. a. O. S. 92ff.; Lehr a. a. O. S. 80; and. M. die herrschende Lehre: Frantz a. a. O. S. 359ff.; Friederici a. a. O. S. 9ff.; Meili, Handb. des internationalen Zivilrechts S. 307; Staudinger a. a. O. S. 659; Niemeyer a. a. O. S. 151ff.; der deutsche Delegierte, Actes 1900 S. 208; Beschl. d. Verein. Zivilsenate des Reichsgerichts v. 12. 10. 1903 Bd. 55 S. 345.ff. Darnach ist die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft „ein dem deutschen Rechte eigentümliches Institut" (Friederici S. 9), das nicht mit

mit Rücksicht auf das katholische Dogma von der Unauflösbarkeit der Ehe vom Staate konzessionierte Auflösungsart der Ehe, die sich juristisch als eine Scheidung unter der Bedingung „wenn Ihr wollt“ darstellt. In dieser Wollensbedingung liegt aber keine Scheidungsbedingung; denn man kann doch nur von einer Bedingung hinsichtlich etwas Gewolltem sprechen. Diese drei Institute sind vielmehr lediglich Scheidungen des dispositiven Rechts, Scheidungen, bei welchen es dem

---

der séparation de corps identifiziert werden darf. Die Frage, ob sie von Ausländern verlangt werden kann, bestimmt sich also nicht nach Konventionsrecht, sondern nach dem innerstaatlichen internationalen Privatrecht. Nach der durch Beschl. d. Verein. Zivilsenate des RG. dem Art. 17 Abs. 4 gegebenen (übrigens von Friedberg a. a. O. bestrittenen) Auslegung darf der Richter nur dann die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft von Ausländern anordnen, wenn deren Heimatrecht die Scheidung zuläßt. Darnach könnte ein schweizerisches Ehepaar nach geltendem Rechte in Deutschland die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft herbeiführen, aber das Urteil würde in der Schweiz nicht anerkannt werden, da dem geltenden Recht eine Auflösung der Ehe auf unbestimmte Zeit unter Aufrechterhaltung des vinculum matrimonii unbekannt ist und durch die dem Gesetze vom Bundesgericht gegebene Auslegung als ein dem ordre public widerstreitendes Institut angesehen wird. Nach dem Rechte des ZGB. ist aber eine unter schweizerischen, in Deutschland domizilierten Ehegatten erfolgte Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in der Schweiz anzuerkennen (s. oben S. 56). Dem Resultate nach stimmen somit die herrschende Lehre und die im Texte vertretene Anschauung materiell überein.

Parteibelieben teils mit, teils ohne Befristung anheimgestellt ist, ob auch eine Auflösung des vinculum matrimonii erfolgen solle oder nicht.

Da nun die séparation de corps des französischen Rechtes Gegenstand der Haager Konvention ist, so folgt daraus, daß auch für die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und die Trennung der Ehe die Bestimmungen der Haager Konvention zu gelten haben, d. h. die internationale Anwendung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sowie der Trennung der Ehe ist in den Konventionsstaaten nach den Kollisionsnormen der Konvention zu beurteilen.

Schweizerische Ehegatten werden also in Deutschland nur dann mit Erfolg auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen können, wenn sie sich sowohl auf einen Scheidungsgrund des schweizerischen Zivilgesetzbuches als auch des Bürgerlichen Gesetzbuches berufen können. Nur wenn ein „internationaler“ Scheidungsgrund vorhanden ist, wird der Richter die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft anordnen können, da ihre Zulässigkeit sich ausschließlich nach den Normen der Haager Übereinkunft bestimmt. Ergibt es sich aber für den Richter, daß die Klage nach Konventionsrecht begründet ist, so tritt an ihn die Frage heran, wie er die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft anordnen soll. Nach Art. 17 Abs. 1 EG. z. BGB. sind die schweizerischen Gesetze für den Richter bindend, und nach schweizerischem Rechte darf ja erst nach drei Jahren

die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in eine Scheidung umgewandelt werden. Es folgt aber weiter aus Art. 27 EG. z. BGB., daß die in Art. 7 Abs. 1 formulierte Verweisung auf das ausländische Recht ausnahmsweise als Gesamtverweisung aufzufassen ist, d. h. der deutsche Gesetzgeber hat nicht nur die Sachnormen der ausländischen Rechtsordnung, sondern auch deren Kollisionsnormen für den Richter als maßgeblich erklärt. Doch sind auch in diesem Falle die Kollisionsnormen der ausländischen Rechtsordnung nur insofern für beachtlich erklärt, als sie auf das deutsche Recht verweisen (sogen. Rückverweisung). Verweist aber ein nach Art. 17 Abs. 1 für maßgeblich erklärtes Recht auf die deutsche Rechtsordnung, so hat der deutsche Richter ausschließlich deutsches Recht anzuwenden. Da nun

1. nach Zivilgesetzbuch jede Ehescheidung von im Ausland domizilierten, schweizerischen Ehegatten, welche durch ein nach dortigem Recht zuständiges Gericht rechtsgültig ausgesprochen wird, in der Schweiz auerkannt wird, auch wenn sie nach schweizerischem Rechte nicht begründet gewesen wäre (ZGB. Schlußtitel Art. 61, 7 g Abs. 3), und
2. die Trennung oder eine ihr nach ausländischem Rechte entsprechende Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unter dem gleichen Rechte wie die Scheidung steht (ZGB. Schlußtitel Art. 61, 7 i Abs. 3),

so folgt daraus, daß hier ein Fall der in Art. 27 für beachtlich erklärten Rückverweisung auf das deutsche Recht vorliegt. Somit erfolgt die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft schweizerischer Ehegatten in Deutschland ausschließlich nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, d. h. jeder Ehegatte kann jederzeit durch bloßen Antrag die Scheidung herbeiführen.

Anhang.

Die wichtigsten Bestimmungen der internationalen Übereinkunft betreffend Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett.[1])

Art. 1.

Die Ehegatten können eine Scheidungsklage nur dann erheben, wenn sowohl das Gesetz des Staates, dem sie angehören (Gesetz des Heimatsstaates) als auch das Gesetz des Ortes, wo geklagt wird, die Scheidung zulassen.

Das gleiche gilt für Trennung von Tisch und Bett.

Art. 2.

Auf Scheidung kann nur dann geklagt werden, wenn sie in dem zu beurteilenden Falle sowohl nach dem Gesetz des Heimatsstaates der Ehegatten als auch nach dem Gesetze des Ortes, wo geklagt wird, sei es auch aus verschiedenen Gründen, zulässig ist.

Das gleiche gilt für Trennung von Tisch und Bett.

Art. 3.

Ungeachtet der Bestimmungen der Art. 1 u. 2 ist das Gesetz des Heimatsstaates allein maßgebend, wenn das Gesetz des Ortes, wo geklagt wird, dies vorschreibt oder gestattet.

Art. 4.

Das in den vorstehenden Artikeln bezeichnete Gesetz des Heimatsstaates kann nicht angerufen werden, um einer Tatsache,

---

[1]) Französischer Text Bd. 12 S. 604 (Z. f. i. R.).

die sich ereignet hat, während die Ehegatten oder einer von ihnen einem andern Staate angehörten, die Wirkung eines Scheidungs- oder Trennungsgrundes zu verleihen.

Art. 5.

Die Klage auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett kann erhoben werden:

1. vor der nach dem Gesetze des Heimatsstaates der Ehegatten zuständigen Gerichtsbarkeit;
2. vor der zuständigen Gerichtsbarkeit des Ortes, wo die Ehegatten ihren Wohnsitz haben. Wenn die Ehegatten nach der Gesetzgebung ihres Heimatsstaates nicht denselben Wohnsitz haben, so ist die Gerichtsbarkeit des Wohnsitzes des Beklagten zuständig. Im Falle der böslichen Verlassung oder im Falle einer Verlegung des Wohnsitzes nach dem Eintritte des Scheidungs- oder Trennungsgrundes kann die Klage vor der zuständigen Gerichtsbarkeit des letzten gemeinsamen Wohnsitzes erhoben werden. Die Gerichtsbarkeit des Heimatsstaates ist allein berufen, soweit sie für die Scheidungs- oder Trennungsklage ausschließlich zuständig ist. Doch bleibt die fremde Gerichtsbarkeit zuständig für eine Ehe, in Ansehung deren die Scheidungs- oder Trennungsklage vor der zuständigen Gerichtsbarkeit des Heimatsstaates nicht erhoben werden kann.

Art. 6.

Falls die Ehegatten nicht berechtigt sind, eine Scheidungs- oder Trennungsklage in dem Lande ihres Wohnsitzes zu erheben, kann sich gleichwohl jeder von ihnen an die zuständige Gerichtsbarkeit dieses Landes wenden, um die vorläufigen Maßnahmen zu erwirken, die in dessen Gesetzgebung für die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorgesehen sind. Diese Maßnahmen bleiben aufrechterhalten, wenn sie innerhalb eines Jahres durch

die Gerichtsbarkeit des Heimatsstaates bestätigt werden; sie bleiben nicht länger bestehen, als es das Gesetz des Wohnsitzes gestattet.

Art. 7.

Die Scheidung und die Trennung von Tisch und Bett, die durch ein nach Art. 5 zuständiges Gericht ausgesprochen werden, sind überall anzuerkennen, vorausgesetzt, daß die Bestimmungen dieses Abkommens beobachtet worden sind, und daß im Falle eines Versäumnisurteils die Ladung des Beklagten entsprechend den besonderen Vorschriften erfolgt ist, die das Gesetz seines Heimatsstaates für die Anerkennung ausländischer Urteile erfordert.

In gleicher Weise sind überall anzuerkennen die Scheidung und die Trennung von Tisch und Bett, die von einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgesprochen worden, vorausgesetzt, daß das Gesetz eines jeden der Ehegatten eine solche Scheidung oder Trennung anerkennt.

Art. 8.

Wenn die Ehegatten nicht dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen, so ist ihr letztes gemeinsames Gesetz als das Gesetz ihres Heimatsstaates im Sinne der vorstehenden Artikel anzusehen.

Art. 9.

Dieses Abkommen findet nur auf solche Scheidungs- und Trennungsklagen Anwendung, welche in einem der Vertragsstaaten erhoben werden, und zwar nur dann, wenn mindestens eine der Parteien einem dieser Staaten angehört.

Kein Staat verpflichtet sich durch dieses Abkommen zur Anwendung eines Gesetzes, welches nicht dasjenige eines Vertragsstaates ist.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.